

Håndheving av opphavsrettigheter på internett

Foreslåtte endringer i åndsverkloven sett opp mot Anti-Counterfeiting Trade Agreement

Kandidatnummer: 717

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17.944



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Emne og problemstilling	1
1.2	ACTA	3
1.3	Avgrensinger og forutsetninger	5
1.4	Metode og rettskilder	6
2	FILDELING.....	8
2.1	Fildeling - sakens faktiske side	8
2.2	Fildeling - sakens rettslige side - om ulovlig fildeling og aktørene.....	9
	2.2.1 Opplasting	9
	2.2.2 Nedlasting.....	11
	2.2.3 Mellomleddene	12
3	TILTAK RETTET MOT DEN ENKELTE FILDELER	16
3.1	Innledning	16
3.2	Registrering og behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter.	17
	3.2.1 Innledning	17
	3.2.2 Foreslått ny åndsverklov § 56a, sammenholdt med ACTA	19
3.3	Tilgang til opplysninger som identifiserer innehaver av abonnement brukt ved opphavsrettskrenkelser m.m.....	27
	3.3.1 Innledning	27
	3.3.2 Foreslått ny åndsverklov § 56b, sammenholdt med ACTA	30
3.4	Andre tiltak rettet mot den enkelte fildeler	39
	3.4.1 Innledning	39
	3.4.2 Varselbrev og utestengelse fra internett	40

4	TILTAK RETTET MOT MELLOMLEDDENE	43
4.1	Innledning	43
4.2	Blokkering av nettsteder	43
4.2.1	Innledning	43
4.2.2	Foreslått ny åndsverklov § 56c og enkelte prosessuelle regler, sammenholdt med ACTA.....	47
4.2.3	Oppsummering	59
5	SAMMENFATTENDE BETRAKTNINGER.....	60
6	REGISTER	63
6.1	Regelverk	63
6.1.1	Norske lover	63
6.1.2	Utenlandske lover	63
6.1.3	Internasjonalt regelverk	63
6.2	Forarbeider	64
6.3	Rettspraksis	64
6.4	Litteratur	65
6.5	Internett	66

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Opphavsrettigheter tilfaller, etter norsk rett, den som skaper et åndsverk jf. åndsverkloven § 1.¹ Denne oppgavens emne er håndheving av opphavsrettigheter på internett. Dette rettsområdet er i disse dager i utvikling, både på det nasjonale og på det internasjonale planet. Oppgaven vil ta utgangspunkt i endringene Kulturdepartementet foreslår gjort i åndsverkloven i Lovproposisjon 65 (2012-2013) «Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)» (Heretter: «proposisjonen»). Anti-Counterfeiting Trade Agreement (heretter: ACTA),² er en internasjonal avtale om håndheving av blant annet opphavsrettigheter som har møtt sterk motstand fra flere hold.³

Vi vil først ta for oss hvordan rettighetene håndheves etter gjeldende norsk rett, og deretter hvilke endringer departementet foreslår. Hovedproblemstillingen vil være hvordan disse endringene forholder seg til ACTAs håndhevelsesregler.

Det har blitt hevdet at ACTA gjør inngrep i personvernet og innebærer en dreining av makt fra brukere av verk til rettighetshaverne, og at avtalen er inngått i hemmelighet, uten mulighet for demokratisk kontroll.⁴ Den 4. juli 2012 ble ACTA nedstemt av EU-parlamentet.⁵ Norge har foreløpig ikke ratifisert ACTA, og regjeringen uttalte den 2. mars 2012 at den ville vurdere dette på et senere tidspunkt.⁶ På bakgrunn av den kritikken avtalen har møtt,

¹ Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

² Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Tokyo 1. oktober 2011.

³ Se blant annet Bridy (2010).

⁴ Se blant annet Datatilsynets faktaside om ACTA: <http://www.datatilsynet.no/Nyheter/Eldre-nyheter/2010/Fakta-om-Acta/> (12.04.2013)

⁵ ACTA nedstemt i EU-parlamentet 4. juli 2012: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20120217BKG38488&format=XML&language=EN

⁶ <http://www.datatilsynet.no/Nyheter/Eldre-nyheter/2010/Fakta-om-Acta/> (12.04.2013)

vil det likevel være interessant å se hvilke likheter og forskjeller det er mellom avtalen og de nye norske reglene om håndheving av opphavsrettigheter på internett.

Kulturdepartementet arbeider for tiden med en helhetlig revisjon av åndsverkloven.⁷ Revisjonen tar sikte på å gjøre loven mer tilgjengelig for brukerne, og både språkbruk og oppbygning vil gjennomgås på nytt. I tillegg vurderes det å gjøre materielle endringer i loven. Håndheving av opphavsrettskrenkelser på internett er en sentral del av revisjonsarbeidet, men er skilt ut til et eget lovforslag. Grunnen til dette er at departementet mener arbeidet med disse problemstillingene ikke bør forsinkes som følge av de andre problemstillingene som ville måtte tas opp ved den helhetlige revisjonen. Dessuten er det varslet at det vil komme EU-direktiver som kan få innvirkning på norsk lovgivning på området.⁸

I takt med internetts utbredelse, og at nettet stadig blir raskere, spres verk med beskyttelse etter åndsverkloven i stadig større grad. Det har alltid vært forbudt å spre beskyttede verk uten opphavsmannens samtykke jf. åndsverkloven § 2, men hittil har det skortet på håndhevingen av dette forbudet når det kommer til spredning over internett. I proposisjonen uttales det at:

«Dagens situasjon er preget av liten risiko for å bli holdt ansvarlig for opphavsrettskrenkelser på Internett. For selv om forbudet mot tilgjengeliggjøring uten samtykke er klart, har effektiv håndheving vist seg vanskelig» (side 9).

Departementet vil med lovforslaget forsøke å bøte på manglende håndheving av forbudet.

⁷ Prop. 65 L (2012-2013) s. 15.

⁸ Op.cit. s. 7 og 15. Det sies ikke hvilke direktiver som er varslet.

1.2 ACTA

Også på det internasjonale planet tas det grep for å få bukt med uautorisert spredning av beskyttede verk. Under dette punktet skal vi se nærmere på ett av disse grepene: ACTA.

Flere internasjonale organisasjoner, blant annet World Trade Organization (WTO) og World Intellectual Property Organization (WIPO), jobber med internasjonale opphavsrettslige problemstillinger. Ideen om ACTA oppstod da Japan i 2005 foreslo nye internasjonale regler for bekjempelse av krenkelser av immaterielle rettigheter, og USA fulgte etter med et nesten likelydende forslag.⁹ USA og Japan inngikk i 2007, sammen med en rekke andre land,¹⁰ et samarbeid utenfor WTO- og WIPO-systemene. Disse landene ønsket et sterkere beskyttelsesnivå for immaterielle rettigheter enn det som i dag legges til grunn i disse organisasjonene. Land med interesser i et lavere beskyttelsesnivå for immaterielle rettigheter, deriblant de såkalte BRIC-landene: Brasil, Russland, India og Kina, ble ikke invitert til forhandlingene.¹¹

ACTA er basert på samme språk som Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights¹² (TRIPS-avtalen). Etter artikkel 1 i ACTA medfører ikke avtalen at partene fraviker noen andre internasjonale avtaler på området, herunder TRIPS-avtalen. ACTA søker likevel å maksimere håndhevelsesnivået i forhold til TRIPS, og innfører en rekke nye tiltak mot krenkelser.¹³ ACTA utvider tidligere folkerettslig håndheving av immaterialrettigheter både på det sivilrettslige og det strafferettslige planet, og gjennom digital håndhe-

⁹ Kaminski (2011) s. 4.

¹⁰ Deriblant EU, en rekke EU-land, Australia, Canada, Japan, Sør-Korea, Marokko, New Zealand, Singapore, Sveits og Mexico.

¹¹ Yu (2010) s. 70.

¹² TRIPS-avtalen (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), Marrakesh 15. april 1994.

¹³ Kaminski (2011) s. 6.

ving og grensetiltak.¹⁴ Av artikkel 3 fremgår det at ACTA ikke tar sikte på å endre rettstilstanden i de kontraherende statene med hensyn til den materielle immaterialretten.

Hoveddelen av ACTA er kapittel II, som innfører et rammeverk for lovgivning om håndheving av immaterielle rettigheter («Legal Framework for Enforcement of Intellectual Property Rights»)¹⁵. Kapittelets femte del gjelder håndheving av immaterielle rettigheter på det digitale området («Enforcement of Intellectual Property Rights in the Digital Environment»¹⁶), og vil således være utgangspunktet for drøftelsen av ACTAs håndhevingsregler med hensyn til krenkelser over internett.

Femte del består av én artikkel med åtte ledd, artikkel 27. I første ledd viser artikkelen tilbake til andre og fjerde del av kapittelet, og sier at de kontraherende statene skal sikre at reglene som der innføres, også skal gjelde på det digitale området. Med dette gjøres ACTAs regler om sivil- og strafferettslig håndheving av rettigheter til del av håndhevingen av rettigheter på internett. De kontraherende statenes lovgivning skal sikre effektive straffe- og sivilrettslige virkemidler i bruk mot krenkelser på det digitale området. Dette skal inkludere effektive rettsmidler («expeditious remedies») for å motvirke krenkelser og hindre videre krenkelser. De enkelte bestemmelsene i artikkel 27, og de som det vises tilbake på gjennom første ledd som har betydning for håndheving på internett, vil behandles nærmere under punkt 3 og 4.

¹⁴ Kaminski (2011) s. 7.

¹⁵ ACTA Chapter II.

¹⁶ Op.cit. Section 5.

1.3 Avgrensinger og forutsetninger

Håndheving av opphavsrettigheter og nærstående rettigheter¹⁷ på internett reiser en rekke problemstillinger som oppgaven ikke vil gå nærmere inn på. Dette gjelder særlig verkshøydekrav og andre typiske opphavsrettslige problemstillinger knyttet til om et verk er beskyttet eller ei.

Reglene som setter grenser for spredning av opphavsrettsbeskyttet materiale på internett er ikke i kjerneområdet for denne oppgaven, men for å gi et fullstendig bilde av problemstillingen, og legge grunnlag for en drøftelse av reglene som håndhever dem, er det likevel nødvendig å være kjent med dem. De vil derfor behandles under pkt. 2.2.

Det er på det rene at fildelingsteknologi har omfattende lovlige bruksområder,¹⁸ men i oppgaven forutsettes det at fildelingen som skjer er i strid med åndsverkloven. Fildeling er ikke bare potensielt lovlig, det kan også ha positive sider, som for eksempel økt tilgang til åndsverk til glede for både brukere og rettighetshavere. Dette vil oppgaven heller ikke gå nærmere inn på ettersom dette er ment som en komparativ oppgave, som kun vil presentere de foreslåtte reglene og se dem i lys av ACTA, og ikke argumentere for noen side i fildelingsdebatten.

I tillegg til regler om håndheving av opphavsrettigheter på internett, innfører ACTA en rekke regler om erstatningsutmåling, grensetiltak, destruksjon av varer som krenker immaterielle rettigheter, fjerning av digital rettighetsinformasjon som krenkelse med mer. Disse reglene er ikke direkte relevante med hensyn til håndheving av opphavsrettigheter på inter-

¹⁷ Rettigheter regulert i åndsverkloven kapittel 5. For eksempel utøvende kunstners rettigheter, tilvirkere av lydopptaks rettigheter og rettigheter til kringkastingssendinger.

¹⁸ Rettighetshavere kan selv spre sine verk ved bruk av fildelingsteknologi, eller tillate at andre gjør det. NRK har for eksempel tatt i bruk BitTorrent for distribusjon av noen av sine programmer: <http://video.nrkbeta.no/torrents/>

nett, og på disse punktene gjøres ingen endringer i norsk rett på det nåværende tidspunkt. Reglene vil derfor ikke bli behandlet.

Flere av temaene i oppgaven kunne vært gjenstand for en mye grundigere behandling enn det en masteroppgave på 30 poeng tillater, og fremstillingen blir derfor på flere punkter betydelig mindre inngående enn det temaene egentlig fortjener.

1.4 Metode og rettskilder

Alminnelig norsk rettskildelære legger utgangspunktet for drøftelsen av norske regler, men noen forhold gjør seg gjeldende når man skal behandle regler som enda ikke er vedtatt. Lovforslaget forventes behandlet av Stortinget første gang den 29. april 2013,¹⁹ og inntil den er vedtatt kan vi ikke med sikkerhet si at bestemmelsene vil lyde som Kulturdepartementet har foreslått. Et annet forhold som gjør seg gjeldende ved behandling av regler som enda ikke er vedtatt, er rettspraksis om bestemmelsene. Flere av reglene som foreslås er ment som klargjøring av gjeldende rett, og tidligere rettspraksis vil derfor fortsatt ha betydning tolkningen av de nye reglene.

Til sammenligningen mellom de foreslåtte norske reglene og ACTA, har jeg hentet inspirasjon fra Ole Landos bok «Kort indføring i komparativ ret».²⁰ Hovedtrekkene jeg har hentet derfra, er å ikke ta utgangspunkt i de rettssetninger eller juridiske begreper man sammenligner, men i det aktuelle samfunnsproblemet eller –situasjonen et begrep omhandler. Et eksempel Lando gir er det franske juridiske begrepet «force majeure». I alle rettstradisjoner finnes lignende begreper; tysk rett har begrepet «Wegfall der Geschäftsgrundlage» og engelsk rett har begrepet «frustration». Selv om disse begrepene kan minne om hverandre, har de et noe forskjellig meningsinnhold, og en komparativ analyse bør derfor ikke ta utgangspunkt i ett av dem, men heller situasjonen de er ment å beskrive, nemlig «rettsstillingen ved

¹⁹ <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=56405> (19.04.13)

²⁰ Lando, Ole (2009) s. 199 flg.

vesentlig endrede forhold».²¹ Lando uttaler også at man bør komme inn på eksempler fra rettspraksis rundt reglene man sammenligner, og i en komparativ analyse bør man komme inn på strukturelle forskjeller, som for eksempel betydningen av vage termer i norsk rett og i internasjonale avtaler.

Lando beskriver to måter å behandle forskjellige rettssystemer på: «Den analytiske metode»; der man sammenligner rettssystemenes behandling av et enkelt problem, og «Länderberichtsmetoden»; der man redegjør for hvert enkelt rettssystem hver for seg.²² Jeg vil bruke en blanding av disse metodene, noe også Lando mener kan være aktuelt.²³ Oppgaven vil inndeles etter de problemstillingene som søkes løst i de norske forarbeidene, og jeg vil begynne med en enkeltstående fremstilling av gjeldende norsk rett under hvert punkt. Deretter går jeg over til å behandle Kulturdepartementets forslag og deretter sammenholde disse med ACTA.

Norge har som nevnt foreløpig ikke ratifisert ACTA, og avtalen stiller derfor ikke krav til norsk rett. Eventuelle avvik mellom norsk rett og ACTA, vil derfor ikke nødvendiggjøre endringer i norsk rett, slik som for eksempel et avvik mellom norsk rett og et EØS-relevant EU-direktiv vil kunne gjøre.

Med hensyn til behandlingen av ACTA isolert, vil jeg benytte alminnelig internasjonal tolkningsmetode, slik den er kommet til uttrykk i Wien-konvensjonen artikkel 31.²⁴ I tråd med denne vil ACTA tolkes i god tro i tråd med en normal språklig forståelse av ordlyden tolket i lys av sammenhengen og av formålet og hensikten med avtalen. Juridisk teori vil også være en kilde til informasjon, i tråd med Statuttene for Den Internasjonale Domstol

²¹ Lando, Ole (2009) s. 202.

²² Op.cit. s. 206.

²³ Op.cit. s. 207.

²⁴ Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

(ICJ) artikkel 38.1 (d).²⁵ Det finnes lite tilgjengelig førstehåndsinformasjon om ACTAs tilblivelse eller forarbeider til avtalen. Derfor må vi forholde oss til ordlyden i avtalen, hva som er skrevet om den, og tidligere versjoner av den.²⁶

2 Fildeling

2.1 Fildeling - sakens faktiske side

Før man ser på det rettslige, kan det være greit å se på den faktiske siden av saken. I dette avsnittet vil vi se på hvilke faktiske omstendigheter reglene som setter grenser for fildeling, og reglene om håndheving av disse reglene, er ment å regulere.

Fildeling er kort forklart å dele filer i et datanettverk, da særlig over internett. I dag kan hvem som helst sitte hjemme i sitt eget hjem og laste opp og ned filer, uten å besitte spesialkunnskaper eller å måtte investere mye tid eller penger i det. Man kan laste ned alt som kan digitaliseres: musikk, filmer, tv-serier, bøker, dataspill og så videre. Med andre ord kan svært mange verk med beskyttelse etter åndsverkloven deles over internett.

I dag er den mest brukte fildelingsteknologien en såkalt bruker-til-bruker-teknologi. Ved bruk av denne teknologien laster brukerne ned filer fra hverandre i stedet for fra en sentral server, som var det vanlige før. Den vanligste bruker-til-bruker-teknologien er kalt «BitTorrent». Ved bruk av BitTorrent laster brukeren ned en liten fil, kalt en «torrent». Disse torrentfilene finnes på nettsteder som for eksempel The Pirate Bay, som er verdens største fildelingsnettsted.²⁷ Torrentfilen er ikke en digitalisering av selve verket, men kan kalles en «nøkkelfil», som gir tilgang til å laste ned selve verket i et nettverksprogram. Brukeren åpner torrentfilen i nettverksprogrammet, og dette gir ham tilgang til alle andre

²⁵ Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ), FN 26. juni 1945

²⁶ For eksempel utkast fra april 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf

²⁷ Se mer om The Pirate Bay under punkt 4.

brukere som har åpnet filen i et slikt program. Deretter laster han ned selve verket til sin datamaskin fra de andre brukerne. En liten del av verket lastes ned fra én bruker og en liten del fra en annen. Samtidig laster han også opp de delene av verket han selv har lastet ned og deler dem med andre brukere. Ved bruk av denne teknologien blir altså den enkelte fildeleren både opp- og nedlaster.²⁸ BitTorrent-teknologien har gjort at filer deles svært raskt, ved at belastningen og båndbredden som brukes fordeles over et stort antall brukere. I takt med at det har blitt enklere og raskere å dele filer over internett, har også problemene med opphavsrettskrenkelser på internett økt.

2.2 Fildeling - sakens rettslige side - om ulovlig fildeling og aktørene

En opphavsmann²⁹ har visse eneretter til utnyttelse av sitt åndsverk etter åndsverksloven § 2. I dette avsnittet skal vi se på hvilke rettigheter som krenkes ved fildeling, hvordan krenkelsene skjer, og hvilke følger dette kan ha for krenkeren.

Også andre enn opphavsmenn kan ha forskjellige rettigheter til utnyttelse av verk etter åndsverkloven. Dette er de såkalte «nærstående rettighetshaverne», viss rettigheter reguleres i åndsverkloven kapittel 5. I proposisjonen foreslås det ikke å endre på enerettighetene, men når vi diskuterer nye regler om håndheving av rettigheter, bør vi vite hvilke rettigheter det er snakk om å håndheve.

2.2.1 Opplasting

Opphavsmannen har enerett til å gjøre sitt verk tilgjengelig for allmennheten jf. åndsverkloven § 2 første ledd. I dette avsnittet skal vi se kort på hvordan fildeling kan krenke denne eneretten.

²⁸ Se mer om opp- og nedlasting under neste punkt.

²⁹ Jf. åndsverkloven § 1

Verket gjøres tilgjengelig for allmenheten når «...c) verket fremføres offentlig» jf. § 2 tredje ledd. Etter fjerde ledd regnes det som offentlig fremføring når verket overføres «... i tråd eller trådløst til allmenheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket». Det fremgår av forarbeidene til åndsverkloven at eneretten til tilgjengeliggjøring omfatter enhver måte å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten.³⁰ Eneretten er teknologinøytral, jf. blant annet Rt. 2005 s. 41 «napster.no» avsnitt 42.³¹ Opplasting av et verk på internett innebærer således en tilgjengeliggjøring for allmenheten i § 2s forstand, som krever opphavsmannens samtykke.³² Dersom verket er opplastet uten opphavsmannens samtykke, er dette en krenkelse av opphavsmannens enerett.

Åndsverkloven § 54 første ledd bokstav a hjelper bøter og fengselsstraff for opphavsrettskrenkelser. Opplasting av et beskyttet verk på internett uten opphavsmannens samtykke er tilgjengeliggjøring i strid med § 2, og kan føre til straff for opplasteren.

Åndsverkloven § 55 første ledd hjemler erstatningsansvar på samme vilkår som for straff etter § 54. Opplasting av beskyttede verk uten samtykke kan følgelig også føre til erstatningsansvar. Av § 55 fremgår det også at det kan ilegges oppreisning for skade av ikke-økonomisk art, dersom krenkelsen er forsettlig eller grovt uaktsom. Bakgrunnen for dette er at det i saker om krenkelse av opphavsrett ofte vil være vanskelig å dokumentere et tap, og ofte enda vanskeligere å dokumentere omfanget av et eventuelt tap. Ved krenkelser over internett gjør dette seg særlig gjeldende da det er tilnærmet umulig å ha oversikt over hvor mange ganger et verk er delt over internett.

Straffe- og erstatningsansvaret gjelder selve tilgjengeliggjøringen, og er ikke avhengig av at noen faktisk laster ned verket, eller om dette ikke er mulig, som ved såkalt «streaming».

³⁰ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) «Om lov om opphavsrett til åndsverk».

³¹ Dommen vil omtales nærmere nedenfor under punkt 2.2.3.1.

³² Jf. f.eks. Rt. 2005 s. 41 «Napster.no» avsnitt 44. Dommen omtales nedenfor under punkt 2.2.3.1

Opplasteren har uansett begått en krenkelse av opphavsmannens enerett gjennom selve opplastingen. Opplasting av beskyttede verk til for eksempel videodelingstjenesten YouTube vil altså være en tilgjengeliggjøring i strid med åndsverkloven § 2 som kan medføre straff- og erstatningsansvar jf. §§ 54 og 55.

2.2.2 Nedlasting

Opphavsmannen har også enerett til å fremstille eksemplarer av sitt verk jf. åndsverkloven § 2 første ledd. I dette avsnittet skal vi se på hvordan fildeling kan krenke denne eneretten.

Eneretten gir opphavsmannen «... enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille ... eksemplar av det...». Eneretten til eksemplarframstilling henspiller først og fremst på en reproduksjonsrett, idet det opphavsmannen hovedsakelig har behov for, er et vern mot at andre reproducerer verket uten samtykke.³³ Det regnes som eksemplarframstilling å overføre verket «... til innretning som kan gjengi verket», jf. § 2 annet ledd. Nedlasting av verk fra internett overfører verket til datamaskinen, og er følgelig eksemplarframstilling.

Etter åndsverkloven § 12 første ledd første setning kan «... enkelte eksemplar av offentliggjort verk fremstilles til privat bruk». Eksemplarframstilling til privat bruk er altså i utgangspunktet unntatt fra opphavsmannens enerett. Dette betyr at en privatperson kan låne en CD-plate av en venn og kopiere denne, uten at det bryter med eneretten til eksemplarframstilling.

Deling over internett har et stort potensiale for å skade opphavsmannens økonomiske interesser. I § 12 ble det derfor i 2005 lagt til et fjerde ledd som lyder: «Det er ikke tillatt å fremstille eksemplar etter denne paragraf på grunnlag av en gjengivelse av verket i strid med § 2...».³⁴ Hvis kopieringsgrunnlaget er ulovlig, er det med andre ord ikke tillatt å

³³ Rognstad (2009) s. 152 flg.

³⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

fremstille et eksemplar på grunnlag av dette, selv til privat bruk. Er verket tilgjengeliggjort på internett uten opphavsmannens samtykke, er det altså ikke tillatt til å laste det ned med hjemmel i åndsverkloven § 12.

Etter åndsverkloven § 54 kan også ulovlig eksemplarframstilling føre til bøter og straff. Men ved ulovlig eksemplarframstilling, i motsetning til ved tilgjengeliggjøring, kreves det etter § 54 annet ledd forsett med hensyn til at kopieringsgrunnlaget er ulovlig tilgjengeliggjort for at eksemplarframstillingen skal kunne medføre straff.

Åndsverkloven § 55 hjemler på samme vilkår et erstatningsansvar for den som fremstiller et eksemplar på grunnlag av et ulovlig kopieringsgrunnlag.³⁵ Etter § 55 tredje ledd kreves det også her forsett med hensyn til ulovlig kopieringsgrunnlag for at gjerningsmannen kan illegges erstatningsansvar for eksemplarframstillingen.

2.2.3 Mellomleddene

Mellom opp- og nedlaster finner vi mellomleddene; internettleverandører og fildelingsnettsteder. I dette avsnittet skal vi se på disse aktørenes roller, og hvordan de kan stilles til ansvar. I et håndhevelsesperspektiv kan dette være interessant fordi opp- og nedlasterne i stor grad kan opptre anonymt på internett, noe internettleverandørene ikke kan. Også innehavere av nettsted er i utgangspunktet lettere å identifisere enn den enkelte internettbruker. Det er derfor lettere å rette tiltak mot mellomleddene enn å finne den enkelte fildeler, og stille denne til ansvar. Også effektivitetshensyn kan tilsi at håndhevingen retter seg mot mellomleddene. Ettersom tiltak av – eller mot – mellomleddene vil hindre en stor krets av internettbrukere fra å begå krenkelser, vil skadene krenkelsene medfører kunne begrenses mye mer effektivt enn om man retter seg mot de enkelte fildelerne hver for seg.

³⁵ Se fremstillingen av § 55 under punktet over om opplasting av beskyttede verk.

2.2.3.1 Nettstedene

Torrentfilene, som jeg omtalte i punkt 2.1, finnes på forskjellige nettsteder. I dette avsnittet skal vi se på disse nettstedenes rolle, og om de kan stilles til ansvar for sin rolle i den ulovlige fildelingen.

Åndsverkloven § 54 tredje ledd hjemler straffansvar for medvirkning til opphavsrettskrenkelser. Etter åndsverkloven § 55 første ledd kan også erstatningsansvar ilegges på samme vilkår som for straff etter § 54. Erstatningsansvar er ikke avhengig av at det kan statueres et straffeansvar, jf. blant annet Rt. 2005 s. 41 «Napster.no» avsnitt 59, der innehaveren av fildelingsnettstedet napster.no ble ilagt erstatningsansvar for medvirkning til opphavsrettskrenkelser som følge av hans drift av nettstedet, uten å bli ilagt straffansvar. Napster.no var et nettsted der brukere kunne legge ut linker til musikkfiler som lå opplastet på forskjellige servere. Det var ikke omtvistet at de som først hadde tilgjengeliggjort materialet på internett – opplasterne – hadde begått opphavsrettskrenkelser.³⁶ Spørsmålet var først om linking til serverne og nettstedets formidling av disse linkene *i seg selv* var tilgjengeliggjøring i åndsverklovens forstand, noe Høyesterett ikke mente var tilfellet.³⁷ Spørsmålet var så om nettstedets videreformidling av lenkene kunne sees som erstatningsbetingende *medvirkning* til opplasternes ulovlige tilgjengeliggjøring. Høyesterett uttalte at:

«Det vi har for oss, er etter min vurdering forsettlig og meget klanderverdige medvirkningshandlinger fra As side. Hans formål med napster.no var nettopp å gi andre tilgang til denne musikken» (avsnitt 67).

Høyesterett konkluderte med at innehaveren av nettstedet hadde optrådt på en slik måte at han hadde medvirket til opplasternes ulovlige tilgjengeliggjøring.

³⁶ Avsnitt 44 i dommen.

³⁷ Avsnitt 48 i dommen.

I dag skjer ikke fildelingen på samme måte som gjennom napster.no, der verkene ble lastet ned fra en sentral server, men jeg ser ingen grunn til at nettstedet som formidler torrentfiler skal stå i et vesentlig annet lys enn dem som formidler linker direkte til ulovlig opplastet materiale. I det ene tilfellet formidles det filer som gir tilgang til å laste ned verket i et nettverksprogram, og i det andre tilfellet formidles det lenker som gir tilgang til servere der verket er opplastet. Det er rent faktiske forskjeller, men hensikten med – og virkningen av – handlingene er den samme: Det gis tilgang til krenkende materiale. Eneretten til tilgjengeliggjøring er som nevnt teknologinøytral jf. Rt 2005 s. 41. «napster.no» avsnitt 42, og også dagens fildelingsnettsider har til formål å gi andre tilgang til ulovlig tilgjengeliggjort materiale. De vil følgelig falle inn under Høyesteretts formulering i avsnitt 67 i Rt. 2005 s. 41, sitert rett ovenfor. Resultatet bør følgelig også bli det samme, nemlig at også dagens fildelingsnettsteder kan stilles til ansvar.

2.2.3.2 Internettleverandørene

Mellom opp- og nedlaster ligger det et viktig mellomledd, nemlig internettleverandøren. I dette avsnittet skal vi se på deres rolle som mellomledd i den ulovlige aktiviteten.

Internettleverandøren er ikke selv aktivt involvert i selve fildelingen, men det er den som gjennom sin tjeneste rent fysisk muliggjør fildelingen for sine kunder. Det har vært hevdet at internetttilbyderen ikke har noen egeninteresser i fildelingen som skjer gjennom deres nett og at de derfor ikke vil ha noen grunn til å motsette seg tiltak som begrenser aktiviteten.³⁸ Jeg vil påstå at dette er en forenkling av fakta. Fildelerne utgjør en stor kundegruppe for internettleverandørene, og den leverandøren som legger minst restriksjoner på fildelingen gjennom sitt nett, vil være mest attraktiv for fildelerne. Jeg vil derfor påstå at internettleverandørene iallfall har en viss egeninteresse i å fremstå som attraktive for fildelerne, og gjennom det en viss egeninteresse i å motsette seg tiltak som begrenser fildelingen. På den annen side har departementet et poeng når det uttaler at det mener at «internetttilbyderne

³⁸ Se blant annet Prop. 65 L (2012-2013) blant annet på side 50.

også har interesse i at den ulovlige aktiviteten reduseres, bl.a. når det gjelder belastningen i nettene».³⁹ Ettersom fildeling legger beslag på mye båndbredde, vil en reduksjon i fildelingen medføre at internettilbyderne kan tilby sine andre kunder et mer attraktivt tilbud.

Opphavsmannens enerett begrenses i åndsverkloven § 11a, som i korte trekk går ut på at en internettleverandør ikke begår ulovlig eksemplarframstilling hvis det skjer midlertidig eksemplarframstilling som ledd i overføringen mellom andre parter, og den ikke utgjør en økonomisk interesse for leverandøren. På tross av det jeg skrev i forrige avsnitt, legger jeg her til grunn at leverandørene ikke har en økonomisk egeninteresse i fildelingen, da dette synes å være den rådende oppfatningen,⁴⁰ og at internettleverandørene derfor ikke kan ilegges ansvar for midlertidig eksemplarframstilling som eventuelt skjer ved overføring av filer gjennom deres nett jf. åndsverkloven § 11a.

Etter ehandelsloven⁴¹ §§ 16-18 kan ikke en internettleverandør gjøres straffe- eller erstatningsrettslig ansvarlig for visse overførings-, tilgangs-, mellomlagrings- og lagringstjenester selv om innholdet som overføres, lagres, mellomlagres med mer, er ulovlig, såfremt de ikke har en aktiv rolle i aktiviteten, eller forsettlig håndterer krenkende materiale. Selv om ehandelsloven §§ 16-18 begrenser internettleverandørenes straffe- og erstatningsansvar som følge av at det skjer krenkelser gjennom deres nett, følger det av § 20 at disse bestemmelsene ikke er «til hinder for at en domstol eller en forvaltningsmyndighet *på annet rettsgrunnlag enn denne loven* krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den» (min utheving). Reglene er altså kun til hinder for at en internettilbyder som ellers opptrer nøytralt ikke kan straffes eller gjøres erstatningsansvarlig. De er ikke til hin-

³⁹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 55

⁴⁰ Jf. blant annet Prop. 65 L (2012-2013) s. 50.

⁴¹ Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35

der for at det gis hjemler å pålegge internettleverandører å hindre krenkelser som skjer gjennom deres nett. Det er blant annet et slikt «annet rettsgrunnlag» som i dag foreslås.⁴²

3 Tiltak rettet mot den enkelte fildeler

3.1 Innledning

Under punkt 3 skal vi se på tiltak rettet mot den enkelte fildeler. Vi tar utgangspunkt i to forslag til tiltak som departementet foreslår i proposisjonen, for så å se hvordan disse forholder seg til ACTA. Før vi ser på forslagene, og holder disse opp mot ACTA, vil vi innledningsvis se på hva som er gjeldende norsk rett på området.

Som nevnt ovenfor under punkt 2, kan opphavsrettskrenkelser føre til straff jf. åndsverkloven § 54. Det har vist seg å være ressurskrevende å følge det strafferettslige sporet, og politiet har derfor ikke ressurser til å følge opp mer enn et fåtall saker.⁴³ Tradisjonelt har rettighetshavere derfor tatt i bruk det sivilrettslige sporet i kampen mot krenkelsene. Uavhengig av hvilket spor rettighetshaveren vil følge, dukker det ved nettkrenkelser opp noen problemstillinger knyttet til situasjonen før en eventuell straffe- eller sivilrettslig forfølgning av krenkeren, og det er disse vi vil se på under punkt 3

Ved tradisjonelle opphavsrettskrenkelser, som for eksempel plagiat, er det ofte ikke så vanskelig å vite hvem krenkeren er. En forfatter som begår plagiat vil være lett å identifisere, og hvem som skal stilles til ansvar for krenkelsen gir seg selv. Ved krenkelser i den digitale verden, og da særlig over internett, blir situasjonen straks mer komplisert. Krenkelsene manifesterer seg ikke i et fysisk produkt og det er ofte mange ledd av krenkere tilbake til den som foretok den opprinnelige krenkelsen, den første opplasteren. Aktiviteten på internett foregår også uhindret av landegrenser, noe som gjør håndhevingen komplisert. Den

⁴² Se punkt 4.

⁴³ Jf. Prop 65 L (2012-2013) s. 9.

største utfordringen er at ved krenkelser over internett har krenkeren i stor grad mulighet til å operere anonymt. I punkt 3.2 skal vi se på hvordan rettighetshavere kan registrere og behandle opplysninger de finner om krenkerne, og i punkt 3.3 skal vi se på hvordan de kan gå fram for å få utlevert krenkernes identitet.

3.2 Registrering og behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett og nærstående rettigheter.

3.2.1 Innledning

I punkt 3.2 skal vi se på hvordan departementet foreslår at rettighetshavere skal gå fram for å finne og behandle opplysninger som kan lede dem til hvem som krenker deres rettigheter, og hvordan dette forholder seg til ACTAs regler om det samme. I denne innledningen ser vi på hvordan problemstillingen er løst etter gjeldene norsk rett.

En forutsetning for at rettighetshaverne skal finne ut hvem det er som krenker deres rettigheter, er at de har tilgang til å registrere og lagre de digitale sporene krenkeren etterlater seg, «IP-adressene». En IP-adresse er kort forklart den digitale adressen til en internettbruker eller et nettsted, og består av en rekke med tall.

I åpne fildelingsnettverk er IP-adressene til fildelerne offentlig tilgjengelig informasjon for alle som deler den samme filen samtidig. Det eneste en rettighetshaver – eller dennes representant – trenger å gjøre er å åpne torrentfilen som gir ham tilgang til verket han er interessert i å se hvem som deler, og følge med på hvilke andre IP-adresser filen deles fra.

Personopplysningsloven⁴⁴ § 2 nr. 1 definerer personopplysninger som «opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson», mens nr. 8 bokstav b definerer sensitive personopplysninger som «opplysninger om at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt

⁴⁴ Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.

eller dømt for en straffbar handling». Datatilsynet har lagt til grunn at IP-adresser knyttet til opphavsrettskrenkelser er sensitive personopplysninger jf. personopplysningsloven § 2,⁴⁵ og Personvernemnda har sluttet seg til standpunktet.⁴⁶ Dette grunner i at når IP-adresser brukes til å spore opp fildelere, er det som ledd i enten en straffe- eller sivilrettslig prosess. Personopplysningslovens strenge regler for behandling av sensitive personopplysninger, som for eksempel kravene til konfidensialitet jf. § 13 første ledd og retten til innsyn for den opplysningene gjelder jf. § 18, får altså anvendelse på behandling av IP-adresser i forbindelse med opphavsrettskrenkelser.

Personopplysningsloven § 33 første ledd første punktum lyder: «Det kreves konsesjon fra Datatilsynet for å behandle sensitive personopplysninger». Ettersom IP-adresser i denne sammenheng er sensitive personopplysninger, jf. rett ovenfor, kreves det altså i utgangspunktet konsesjon for å registrere og behandle IP-adresser i forbindelse med opphavsrettskrenkelser.

I 2006 fikk advokatfirmaet Simonsen DA på vegne av flere rettighetshaverorganisasjoner konsesjon til å registrere og behandle IP-adresser til bruk i eventuell senere rettslig forfølgelse av fildelere som krenket opphavsretten til organisasjonenes medlemmer. Det var som følge av registrering av IP-adresser etter denne konsesjonen at det ble reist sak i den såkalte «Max Manus-saken», Rt. 2010 s. 774, som gjaldt utlevering av identiteten til en fildeler. Dommen vil behandles nærmere under punkt 3.3. Advokatformat Simonsens konsesjon ble senere forlenget, men ikke fornyet da de i 2011 søkte om ny konsesjon, fordi Simonsen

⁴⁵ I forbindelse med Advokatfirmaet Simonsens søknad om å få registrere og behandle IP-adresser på vegne av rettighetshavere, gjorde datatilsynet en vurdering blant annet av om IP-adresser var å betrakte som personopplysninger, og om disse i så fall var sensitive. Begge spørsmålene ble besvart bekreftende i brev av 25. oktober 2006. I proposisjonen og høringsnotatet ble det henvist til en link som ikke lenger er operativ. Jeg har fått brevet tilsendt i e-post fra Datatilsynet den 05.02.2013.

⁴⁶ PVN-2009-18: http://www.personvernemnda.no/vedtak/2009_18.htm

ikke kunne anses som «behandlingsansvarlig» for behandlingen av personopplysningene det ble som om konsesjon for jf. personopplysningsloven § 2 nr. 4.⁴⁷

Gjeldende rett er at det i dag kreves konsesjon fra Datatilsynet for å registrere og lagre fil-delernes IP-adresser. Ettersom det har vist seg at disse konsesjonene ikke alltid vil bli gitt,⁴⁸ har det ført til at rettighetshaverne ikke alltid vil ha mulighet til å forfølge sine krav mot dem som krenker deres rettigheter etter åndsverkloven.

3.2.2 Foreslått ny åndsverklov § 56a, sammenholdt med ACTA

Under dette punktet skal vi se på hvordan Kulturdepartementet foreslår at rettighetshavere i framtiden gå fram for å finne og behandle opplysninger som kan lede dem til hvem som krenker deres rettigheter, og holde den foreslåtte løsningen opp mot ACTA.

3.2.2.1 Ny åndsverklov § 56a

Etter personopplysningsloven § 33 må, som nevnt i punkt 3.2.1, rettighetshavere ha konsesjon for å lagre og behandle IP-adresser når dette skjer som ledd i etterforskning av opphavsrettskrenkelser. Departementet foreslår en ny regel i åndsverkloven § 56a som skal unnta fra konsesjonsplikten. Første ledd i bestemmelsen skal etter forslaget lyde:

«Rettighetshavers behandling av personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov, er unntatt fra konsesjonsplikt etter personopplysningsloven § 33 når behandlingen er nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav».

⁴⁷ Personvernemndas avgjørelse av 21. mars 2012: http://www.personvernemnda.no/vedtak/2011_10.htm

⁴⁸ L.c.

Bestemmelsen blir altså et unntak fra personopplysningsloven § 33 for personopplysninger som gjelder krenkelser av rettigheter etter åndsverkloven.⁴⁹ Med «rettighetshaver» menes opphavsmenn, nærstående rettighetshavere og andre som har fått åndsverksrettigheter overført til seg.⁵⁰ I tillegg kan rettighetshavere gi andre i oppdrag å foreta registrering og behandling på sine vegne.⁵¹ Advokatfirmaet Simonsens registrering og lagring av IP-adresser på vegne av rettighetshavere er et eksempel på et slikt oppdrag. I tråd med Datatilsynets og Personvernemndas forståelse av at IP-adresser brukt i forbindelse med opphavsrettskrenkelser er sensitive personopplysninger, uttales det i proposisjonen at uttrykket «personopplysninger» skal forstås som i personopplysningsloven § 2 første ledd nr. 2 og nr. 8.⁵² Personopplysningene som kan behandles må gjelde krenkelser av opphavsrett eller andre rettigheter etter åndsverkloven.⁵³ Forutsetningen for at opplysningene kan behandles er at dette er «nødvendig» for å «fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav» etter åndsverkloven. Med andre ord kan ikke behandlingen skje for andre formål, for eksempel for å forsvare rettskrav etter andre lover.⁵⁴ I så fall følger det av hovedregelen i personopplysningsloven § 33 at det kreves konsesjon. Opplysningene kan brukes til politianmeldelse av forholdet, og til sivilrettslige skritt, som for eksempel å begjære utlevering av identiteten til abonnenten bak IP-adressen. I proposisjonen utdypes det ikke hva som menes med at behandlingen må være «nødvendig» for å oppfylle formålet om å forfølge et rettskrav. Etter en naturlig språklig forståelse av ordet «nødvendig» kan det likevel legges til grunn at dersom rettighetshaverne uten å registrere og lagre opplysningene likevel kan forfølge sitt rettskrav, er det ikke adgang til å registrere og behandle opplysningene etter den nye bestemmelsen i åndsverkloven § 56a. Det er ikke helt lett å se for seg en situasjon der dette

⁴⁹ Rettigheter regulert i åndsverkloven kapittel 5..

⁵⁰ Prop. 65 L (2012-2013) s. 87.

⁵¹ L.c.

⁵² Op.cit. s. 88.

⁵³ L.c.

⁵⁴ L.c.

skulle være aktuelt, men når det er snakk om behandling av sensitive opplysninger, bør det iallfall være en viss terskel for når behandling skal tillates.

Etter annet ledd gjelder personopplysningsloven for øvrig for behandlingen av opplysningene. Det er altså kun konsesjonsplikten det gjøres unntak fra.⁵⁵ Reglene ellers i personopplysningsloven, for eksempel reglene om konfidensialitet jf. § 13 første ledd og innsynsrett jf. § 18, gjelder uavhengig av unntaket fra konsesjonsplikten.

Lovforslaget medfører ikke noen drastisk endret rettsstilstand. Det er mer passende å si at forslaget går ut på å forenkle rettsstilstanden ved at rettighetshaverne ikke lenger skal trenge å søke om konsesjon for å lagre og behandle IP-adresser, når dette er nødvendig for å følge et krav etter åndsverkloven. Det har likevel blitt reist kritikk mot forslaget blant annet fordi det sies å være et steg i retning av offentlig godkjenning av at private parter overvåker internettbrukeres aktivitet for å ivareta egne økonomiske interesser.⁵⁶

3.2.2.2 Departementets forslag sett opp mot ACTA

I dette avsnittet skal vi se på hvordan en rettighetshaver skal gå fram for å innhente, registrere og lagre opplysninger for bruk i eventuell rettslig forfølgelse av krenkelser av opphavsretten over internett etter ACTA, og holde dette opp mot det departementets forslag til ny åndsverklov § 56a.

Artikkel 27 gjelder, som nevnt i oppgavens innledningskapittel, håndheving av immaterialrettigheter på det digitale området og er følgelig det naturlige utgangspunktet for drøftelsen. Annet ledd av artikkelen slår fast at statenes håndhevelsesregler («... enforcement procedu-

⁵⁵ Prop. 65 L (2012-2013) s. 88.

⁵⁶ Se blant annet SV-politikerne Torgeir Fylkesnes' og Christian Thorseths kronikk på nrk.no den 10.3.2013: <http://www.nrk.no/ytring/piratjakten-rammer-ikke-piratene-1.10941419>

res...») skal gjelde ved krenkelser over digitale nettverk, som kan inkludere ulovlig bruk av massedistribusjonskanaler med den hensikt å begå krenkelser:

«... shall apply to infringement of copyright or related rights over digital networks, which may include the unlawful use of widespread distribution for infringing purposes»

Som i norsk rett vil altså opphavsrettskrenkelser begått gjennom fildelingsnettverk, som for eksempel bruker-til-bruker-tjenester, kunne falle inn under ACTAs håndhevelsesmekanismer.

Etter artikkel 27.4 kan de kontraherende statene innføre hjemler hvoretter rettighetshavere kan kreve at myndighetene beordrer en internettleverandør til å utlevere informasjon som identifiserer abonnenter viss IP-adresse påstås å være brukt til opphavsrettskrenkelser

«A Party may provide... its competent authorities with the authority to order an online service provider to disclose expeditiously to a right holder information sufficient to identify a subscriber whose account was allegedly used for infringement...»

Vilkårene for at utlevering av identitet skal skje etter artikkel 27.4 vil hovedsakelig behandles under punkt 3.3 som omhandler utlevering av identitet. Foreløpig kan vi nøye oss med å slå fast at statene kan innføre hjemler for at rettighetshavere kan be om å få utlevert identiteten til en abonnent viss IP-adresse påstås å være brukt til opphavsrettskrenkelser.

Før en rettighetshaver kan be om utlevering av en identitet, må den ha iallfall et minimum av informasjon om hvem de ber om identiteten til. Typisk vil dette være en IP-adresse, som for alle praktiske formål er den informasjonen en rettighetshaver vil ha tilgang til før en identitet eventuelt blir utlevert. I bestemmelsen sies det ikke noe om hvordan IP-adressen har kommet rettighetshaveren i hende, eller hvilket rettsgrunnlag denne har hatt for å registrere og ellers behandle den.

Heller ingen andre steder i ACTA finner vi regler som direkte angår innhenting av den informasjonen som en rettighetshaver nødvendigvis må ha før den ber om utlevering av en identitet. Det vi finner er regler som legger til grunn at rettighetshavere allerede har tilgang til informasjonen. Det kan sees som en svakhet at avtalen ikke går inn på denne problemstillingen, da det etterlater en viktig og sensitiv problemstilling opp til de enkelte kontraherende statenes diskresjon.⁵⁷ Vi har ingen forarbeider å gå ut fra, og de tidligere utkastene av avtalen gir heller ikke uttrykk for at dette skal reguleres, men ettersom dette er en sentral problemstilling er det grunn til å anta at dette er gjort med hensikt, nettopp for at statene skal ha mulighet til å tilpasse reglene til sine rettssystemer.

Etter artikkel 2 i avtalen skal de kontraherende statene iverksette avtalens bestemmelser («... give effect to the provisions of this agreement»), men de kan selv velge å innføre mer omfattende håndheving av immaterielle rettigheter enn det avtalen legger opp til («A party may implement in its law more extensive enforcement of intellectual property rights than is required by this agreement...»). Dette er godt i tråd med ønsket som lå til grunn for opprettelsen av ACTA, nemlig et ønske om et sterkere beskyttelsesnivå for immaterialrettigheter enn det som ble lagt til grunn i de eksisterende internasjonale organisasjonene som arbeider på immaterialrettsområdet.⁵⁸ Å innføre hjemler for registrering og behandling av IP-adresser er ikke å innføre mer omfattende håndheving, ettersom det vil være nødvendig å ha tilgang til slik informasjon for å oppfylle formålet med artikkel 27. 4, men artikkel 2 legger iallfall til rette for at statene kan velge hvilke virkemidler de vil bruke for å gjennomføre avtalens bestemmelser ganske fritt. Vilåret for at statene kan innføre strengere håndhevelsesregimer er at dette ikke strider mot noen bestemmelse i avtalen («... provided that such enforcement does not contravene the provisions of this Agreement») jf. artikkel 2 første ledd annen setning. Det er derfor av interesse å se på hvilke begrensinger som ligger

⁵⁷ Jf. det som er sagt om at IP-adresser i denne sammenheng er ansett for å være sensitive personopplysninger under punkt 3.2.1.

⁵⁸ Jf. innledningskapittelet.

i avtalen, for dermed å se hvilke begrensninger som også vil ligge på en stats adgang til å regulere innhenting og behandlingen av IP-adresser.

Etter artikkel 27.2 annet punktum skal håndhevelsesmekanismene som innføres for å få bukt med krenkelser som skjer over digitale massedistribusjonskanaler implementeres i tråd med den kontraherende statens rett, på en måte som ivaretar grunnleggende prinsipper som ytringsfrihet, rettferdig rettergang og retten til privatliv.

«These procedures shall be implemented in a manner that... consistent with that Party's law, preserves fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy».

Det er også begrensninger med hensyn til at håndhevelsesmekanismene ikke må lage hindringer for lovlig aktivitet, men dette vil behandles nærmere under punkt 4 nedenfor. De samme begrensningene er inntatt i artikkel 27.4. Henvisningen til de «grunnleggende prinsippene» var ikke med i de tidligere utkastene til ACTA⁵⁹ og ble inntatt i den endelige teksten som et svar på bekymringsmeldinger fra blant annet European Data Protection Supervisor (EDPS, Den europeiske personvernmyndigheten) om at en bestemmelse uten begrensninger kunne lede til legitimering av privat overvåkning av internettbrukeres aktivitet.⁶⁰ I denne sammenheng er det interessant å se at det norske forslaget til ny åndsverklov § 56a nettopp legitimerer privat overvåkning av internettbruk, jf. punkt 3.2.2.1 ovenfor. Det er også interessant å merke seg at kritikken fra EDPS ikke stilnet ved innføringen av begrensningene. EDPS publiserte en uttalelse 24. april 2012 der de skriver at ACTA kan true borgernes personvern, og at en håndhevelse av opphavsrett på internett kunne fremtvinge økt overvåking av aktiviteten på nettet.⁶¹ Begrensningene fremstår mer som prinsipperklæringer enn rettigheter som en påstått krenker kan påberope seg, noe som kan antas å være

⁵⁹ Jf. blant annet utkast fra april 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf

⁶⁰ Blakeney (2012) s. 279 flg.

⁶¹ http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-12-9_en.htm

tilsiktet i tråd med grunntanken bak ACTA, nemlig et ønske om å styrke håndhevingen, og ikke å gi påståtte krenkere flere rettigheter. Vil man påberope seg en av begrensningene, er ikke ACTA i seg selv til mye hjelp. Man må i så fall henvende seg til andre kilder der de samme begrensningene finnes.

På bakgrunn av problemstillingen, som er hvordan en rettighetshaver skal kunne tilegne seg informasjon før den får utlevert en identitet, er det her mest interessant å se på henvisningen til det grunnleggende prinsippet om retten til privatliv. Henvisningene til ytringsfrihet, og rettferdig rettergang vil behandles nedenfor. Retten til privatliv er en grunnleggende menneskerettighet og er nedfelt i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter⁶² (SP) artikkel 17 første ledd som lyder: «Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse...». Det er allment anerkjent at retten til beskyttelse mot inngrep i sin korrespondanse innebærer alle former for kommunikasjon, herunder kommunikasjon over internett. Alle ACTAs medlemsstater, og Norge, er tilsluttet SP, og det kan følgelig ikke innføres regler som vil være et brudd på retten til privatliv. Gjennom henvisningen til retten til privatliv i ACTA artikkel 27 gjøres det klart at de kontraherende statene ikke kan innføre systemer som medfører at internettbrukere får sin korrespondanse overvåket i en slik grad at dette vil være i strid med SP artikkel 17.1.

Et vilkår for utlevering er etter artikkel 27.4 at kravet må gjelde krenkelser av varemerkerett, opphavsrett eller nærstående rettigheter. Informasjonen må også søkes utlevert som ledd i å beskytte eller håndheve disse rettighetene («... claim of trademark or copyright or related rights infringement, and where such information is being sought for the purpose of protecting or enforcing those rights»). Dette er tilsvarende vilkår som de vi finner i forslaget til ny § 56a, der rettighetshaveren kan registrere og behandle opplysninger som gjelder «... krenkelse av opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov...» og behandlingen må være «... nødvendig for å fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare et rettskrav».

⁶² FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, artikkel 17.1.

Gjennom å ikke gå konkret inn på problemstillingen om hvordan rettighetshavere skal gå fram for å skaffe seg den informasjonen som er nødvendig for å gå til det skritt å be internettilbydere å utlevere identiteten til påståtte krenkere etter ACTA artikkel 27.4, etterlater avtalen usikkerhet med hensyn til hva som er tillatt, og hva som vil gå på kant med prinsippet om retten til privatliv, og de andre begrensningene. En kan se for seg at statene kan opprette egne overvåkningsorganer for overvåkning av ulovlig aktivitet over internett, eller at det gjøres som det foreslås gjort i Norge, la rettighetshaverne ta seg av registreringen av aktiviteten, men ACTA gir ingen konkrete føringer på hvilken løsning som er å foretrekke.

I de norske forarbeidene er ordet «privatliv» ikke nevnt under punkt 3.2, som gjelder registrering og annen behandling av IP-adresser. Det finnes ingen henvisning til retten til privatliv etter SP artikkel 17.1, eller til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)⁶³ artikkel 8.1. Begge konvensjonene er gjennom menneskerettsloven⁶⁴ § 2 gjort til norsk lov, og skal etter samme lovs § 3 gå foran norsk rett ved eventuell motstrid. Det må sies å være av en mangel ved forarbeidene at retten til privatliv ikke er vurdert i sammenheng med spørsmålet om hvorvidt rettighetshavere skal gis adgang til å registrere og behandle IP-adresser. Blant annet EDPS' kritikk av at ACTA kunne medføre legitimering av privat overvåkning av internettbbrukere,⁶⁵ foranlediger i det minste at retten til privatliv bør drøftes i sammenheng med spørsmålet om hvorvidt rettighetshaverne skal gis tilgang til å registrere og behandle IP-adresser. Særlig gjelder dette når departementet foreslår å innføre en regel som hjemler det EDPS advarte mot, nemlig privat overvåkning av internettbbrukere for å ivareta egne økonomiske interesser. På den annen side er opphavsrettigheter rettighetshaverens eiendom, med beskyttelse etter artikkel 1 i første tilleggsprotokoll til EMK. Rettighetshaveren har krav på vern for sin rett, og bør ha mulighet til å hevde sin rett. Jo

⁶³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950.

⁶⁴ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁶⁵ Blakeney (2012) s. 279 flg.

større mistanke det er om krenkelser av rettigheter, jo større inngrep i andre rettigheter, for eksempel retten til privatliv, kan være akseptabelt.⁶⁶ Dessuten vil personopplysningsloven gi et vern for den opplysningene gjelder. Hvorvidt den foreslåtte løsningen er et egnet virkemiddel til håndheving som balanserer retten til privatliv med retten til beskyttelse for sin eiendom er et åpent spørsmål, ettersom det ikke er vurdert i proposisjonen.

3.2.2.3 Oppsummering

Som vi ser i det norske forslaget, legges det til rettighetshaverne å registrere og lagre IP-adresser for eventuell senere rettslig forfølgning av fildelere. I ACTA er problemstillingen ikke tatt uttrykkelig stilling til. Gjennom en henvisning til retten til privatliv i ACTA artikkel 27 og bakgrunnen for at denne ble innført, nemlig at det som nevnt over ble reist bekymringer om at det uten slike henvisninger kunne lede til at myndighetene legitimerte privat overvåkning av internettbrukere som kunne gå på kant med SP artikkel 17.1, kan vi se at det er grunn til å stille spørsmål ved den foreslåtte norske løsningen, selv om det fortsatt er usikkert hvilke tiltak som er tillatt etter ACTA. Det er i det minste grunn til å stille spørsmål med departementets manglende vurdering av retten til privatliv. Når det ikke er vurdert kan det medføre usikkerhet med hensyn til hvordan domstolene skal vurdere spørsmålet dersom det skulle komme på spissen.

3.3 Tilgang til opplysninger som identifiserer innehaver av abonnement brukt ved opphavsrettskrenkelser m.m.

3.3.1 Innledning

I punkt 3.3 skal vi se på hvordan departementet foreslår at rettighetshavere skal gå fram for å finne identiteten til internettbrukere som påstås å krenke opphavsrettigheter, og hvordan forslaget forholder seg til ACTAs regler om det samme. I denne innledningen vil vi se på

⁶⁶ Aarli (2005) s. 539 flg.

hvordan problemstillingen er løst etter gjeldene norsk rett, og særlig gjennomgå en høyesterettskjennelse, Rt. 2010 s. 774 «Max-Manus», som gjaldt nettopp utlevering av identiteten til en fildeler.

Det er som nevnt ikke vanskelig å finne IP-adresser som brukes til krenkelser. Problemet ligger i at for å kunne rette sanksjoner mot den begår krenkelsene, må rettighetshaveren vite hvilken abonnent IP-adressen tilhører.

I sivile søksmål kan IP-adresser være realbevis jf. tvisteloven § 26-1.⁶⁷ Tvistelovens kapittel 28 gir regler om bevissikring utenfor rettssak. Etter tvistelovens § 28-4 gjelder «reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer», også ved bevissikring utenfor rettssak. IP-adresser er taushetsbelagt materiale jf. ekomloven⁶⁸ § 2-9. Etter tvisteloven § 22-3 første ledd kan det utgangspunktet «ikke føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt...». Det kan altså i utgangspunktet ikke gjøres bevissikring av IP-adresser utenfor rettssak jf. tvisteloven § 28-4 jf. § 22-3 første ledd. Etter tvistelovens § 22-3 tredje ledd kan retten likevel «bestemme at beviset skal føres». Retten kan altså etter § 28-4 jf. § 22-3 tredje ledd bestemme at det skal kunne gjennomføres bevissikring av IP-adresser utenfor rettssak selv om denne i utgangspunktet er underlagt taushetsplikt i ekomloven § 2-9.

Rt. 2010 s. 774, «Max Manus», gjaldt en begjæring fra to rettighetshavere om å få utlevert identiteten til en abonnent viss IP-adresse hadde blitt brukt til ulovlig tilgjengeliggjøring av to filmer på internett. Spørsmålet var for Høyesterett om internettilbyderen etter tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak kunne pålegges å utlevere identiteten til rettighetshaverne.

⁶⁷ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

⁶⁸ Lov av 4. juli nr. 83 om elektronisk kommunikasjon

Internettilbyderen anførte blant annet at bevissikringsreglene måtte tolkes innskrenkende når tilgang til opplysninger var ønsket som ledd i privat etterforskning. Dette var ikke førstvoterende enig i, og bemerket i avsnitt 51 at når loven hjemler rett til erstatning for opphavsrettskrenkelser «... kan jeg ikke se at rettighetshaveren ikke skal kunne benytte seg av bevissikring for å bringe på det rene identiteten til personer som det kan være aktuelt å fremme et erstatningskrav mot».

Retten bemerket også at det ville være «... i dårlig samsvar med ... TRIPS-avtalen» om det skulle stilles krav om at «... rettighetshavere må forfølge mulige krenkelser via politi- og påtalemyndighet...».

Retten sluttet seg til lagmannsrettens konkrete avveining mellom hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning, og viste til at flertallet la vekt på:

«[A]t det er sannsynliggjort at det fra den angitte IP-adressen rettsstridig er blitt gjort tilgjengelig filmfiler, behovet for å kunne gripe inn overfor slik virksomhet, og at abonnenten ikke kunne ha en berettiget forventning om beskyttelse av rettsstridig bruk. På den annen side er vektlagt at det kan råde usikkerhet om vedkommende abonnent også har stått bak den rettsstridige aktiviteten ... Flertallet mente videre at den omstendighet at ankemotpartene ikke har meldt forholdet til politiet ikke kan tillegges vekt når siktemålet med begjæringen er å fremskaffe grunnlag for et erstatningskrav for krenkelsene av deres rettigheter».

Høyesterett viser også til politiets manglende prioritering av slike saker. I avsnitt 57 og 58 av kjennelsen uttaler førstvoterende om forholdet til artikkel 8 i EMK, retten til privatliv:

«Det dreier seg om et inngrep som har klar hjemmel i lov [tvisteloven kapittel 28], slik jeg har påvist foran. Det er videre tale om et inngrep som er begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter, slik at det har et legitimt formål. Bevistilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål. Lagmannsrettens flertall har som nevnt foretatt en omfattende avveining av nødvendigheten av inngrepet. Flertallet har lagt til grunn at flere

filmfiler er blitt gjort tilgjengelig via «Lysehubben». Krenkelsen av opphavsretten har således i dette tilfellet vært av et visst omfang. Det er videre tale om informasjon av mindre sensitiv karakter».

Retten viser videre i avsnitt 58 så til svenske forarbeider der det konkluderes med at å utlevere en identitet bak en IP-adresse ikke vil være i strid med EU-retten, når IP-adressen er anvendt til opphavsrettskrenkelser, og at det samme må gjelde etter EMK artikkel 8.

Etter min mening er EMK artikkel 8 behandlet svært overfladisk i kjennelsen. Og dette tilsier etter min mening at departementet burde gått nærmere inn på spørsmålene en adgang til identiteten bak IP-adresser reiser med tanke på retten til privatliv enn det som er gjort i proposisjonen. Det er også verdt å merke seg at Høyesterett omtaler identitet som «opplysninger av mindre sensitiv karakter», noe som tilsynelatende strider mot Datatilsynets og Personvernemndas syn på IP-adresser som sensitive personopplysninger, jf. ovenfor. Hvis IP-adresser i denne sammenheng er sensitive personopplysninger, virker det naturlig at også den faktiske identiteten til en person som anklages for å ha krenket opphavsretten må være opplysninger av sensitiv karakter.

Høyesterett forkastet internettilbyderens anke, og abonnentens identitet ble utlevert til rettighetshaverne. Gjeldende rett etter kjennelsen, er at rettighetshavere har hjemmel til å få utlevert identiteten til en abonnent viss IP-adresse er benyttet til opphavsrettskrenkelser i tvisteloven kapittel 28. Likevel anser Kulturdepartementet det for ønskelig å klargjøre denne hjemmelen.

3.3.2 Foreslått ny åndsverklov § 56b, sammenholdt med ACTA

Under dette punktet skal vi se på hvordan Kulturdepartementet foreslår at rettighetshavere i framtiden skal kunne gå fram for å få utlevert identiteten til internetbrukere som krenker opphavsretten, og deretter sammenholde dette med hvordan dette er løst i ACTA.

3.3.2.1 Ny åndsverklov § 56b

Departementet gir flere grunner for at det anser det for ønskelig å regulere adgang til identiteten i slike saker gjennom egne regler i åndsverkloven:

«Sakene om tilgang til identitet har særtrekk som medfører at tvistelovens regler ikke er så godt tilpasset denne sakstypen. Tvisteloven med forarbeider gir få retningslinjer for domstolens vurdering i slike saker. Dessuten passer saksbehandlingsreglene i tvisteloven til dels ikke så godt på denne sakstypen. Egne regler i åndsverkloven vil kunne adressere problemstillingen mer konkret og være bedre egnet til å anvendes på denne sakstypen. På denne måten vil regelverket kunne bli klarere, lettere tilgjengelig og enklere å praktisere».⁶⁹

Første ledd av den nye § 56b skal etter forslaget lyde:

«Hvis det sannsynliggjøres at opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov er krenket, kan retten uten hinder av taushetsplikten etter ekomloven § 2-9, etter begjæring fra rettighetshaver, pålegge en tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnementet som er brukt ved krenkelsen.»

Som vi ser, er dette en mye mer spesifikk hjemmel en den generelle hjemmelen i tvistelovens kapittel 28 jf. § 22-3. Den adresserer den konkrete problemstillingen, nemlig utlevering av opplysninger som identifiserer innehaveren av et abonnement brukt til opphavsrettskrenkelser. Den omtaler ekomloven § 2-9, som er bestemmelsen som i utgangspunktet hindrer bevissikring utenfor rettsak jf. tvisteloven kapittel 28 jf. § 22-3. Og den omtaler tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester. Således må det sies at departementet lykkes i målet om å gjøre hjemmelen klarere og lettere tilgjengelig, og det kan nok antas at den også vil være lettere å praktisere.⁷⁰

⁶⁹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 31.

⁷⁰ L.c.

Av forslaget framgår det at utlevering av identitet krever rettens avgjørelse. Dette skal gjelde i alle tilfeller, i motsetning til en ordning der domstolsavgjørelse bare er nødvendig om internettilbyderen ikke ønsker å utlevere opplysningene.⁷¹ Rettighetshaveren må inngi en begjæring til domstolen, og sannsynliggjøre at det foreligger en krenkelse av rettigheter etter åndsverkloven. Med «sannsynliggjøres» uttales det på side 88 i proposisjonen at det skal fremlegges bevis for krenkelsen. Sannsynliggjøringen omtales på samme sted som et grunnvilkår for at begjæringen skal tas til følge. Som vi skal se følger det av tredje ledd at det i tillegg foretas en interesseavveining.

I annet ledd slås det fast at før retten treffer sin avgjørelse skal Post- teletilsynet anmodes om at tilbyderen skal fritas fra sin taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. Anmodningen kan kun avslås dersom «det kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold». Dette er den samme løsningen som etter tvisteloven § 22-3, der det ansvarlige departementet skal anmodes om samtykke til at et bevis skal tillates ført på tross av at det er belagt med taushetsplikt.

I forslagets tredje ledd finner vi en interesseavveining. Første setning lyder: «For at begjæringen skal tas til følge, må retten finne at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten». Andre punktum i bestemmelsen presiserer vurderingstemaet. Retten skal avveie «... hensynet til abonnenten mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger». Rettighetshaverens interesser må altså avveies mot hensynet til abonnentens personvern.⁷² I proposisjonen uttales det at «[k]renkelsens alvorlighetsgrad vil være et sentralt moment i vurderingen. Hvis krenkelsen er av et visst omfang, bør utgangspunktet være at det gis tilgang til opplysningene».⁷³ Det uttales også at det vil være en «høyere terskel for utlevering hvis krenkelsen bare består i nedlasting» enn om den (også) består i opplasting, fordi til-

⁷¹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 31.

⁷² Op.cit. s. 89.

⁷³ L.c.

gjengeliggjøring vil ha et større skadepotensiale for rettighetshaveren enn kun eksemplar-fremstilling.⁷⁴ Departementet er oppmerksomme på at det i bittorrentnettverk ikke er noe skarpt skille mellom opp- og nedlasting, idet opplasting ofte en forutsetning for selv å få lastet ned en fil.⁷⁵ I bestemmelsen tas det ikke stilling til akkurat hvor høy terskelen for utlevering skal være, men på side 34 og 35 i proposisjonen viser departementet til høringsnotatet og opprettholder forslaget de der kom med.⁷⁶ Der var det uttalt at det bør gis tilgang til identiteten «hvis overtredelsen er av et visst omfang» og at dette for eksempel vil gjelde ved «tilgjengeliggjøring (opplasting) av en film dersom det kan legges til grunn at det representerer en vesentlig økonomisk skade for rettighetshaveren» eller ved «omfattende kopiering (nedlasting)». Det skal som utgangspunkt ikke gis tilgang til identiteten hvis det bare er «tale om kopiering (nedlasting) av noen få verk».

Departementet bemerker på side 35 i proposisjonen at det ikke er meningen å «verken heve eller senke terskelen for utlevering sammenlignet med gjeldende rett (jf. Rt. 2010 s. 774 Max Manus)» I den kjennelsen ble identiteten til en abonnent viss IP-adresse hadde blitt brukt til tilgjengeliggjøring av to filmer utlevert. Dette vil følgelig også etter ny åndsverklov § 56b være tilstrekkelig til at en identitet skal kunne utleveres.

Etter siste punktum i tredje ledd kan retten etter avveiningen avgjøre hvorvidt identiteten skal utleveres, uavhengig av om Post- og teletilsynet har samtykket eller ei. Dette er den samme løsningen som etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd.

Etter fjerde ledd skal bare internettilbyderen angis som motpart i saken. Dette er fordi det nettopp er abonnentens identitet det står om, og hvis abonnenten blir part i saken, vil jo det gjøre identiteten kjent. I tillegg vil abonnenten da få melding om at det er reist sak om å få

⁷⁴ Prop. 65 L (2012-2013) s. 89.

⁷⁵ Op.cit. s. 35 og 89.

⁷⁶ Høringsnotat utarbeidet av kulturdepartementet om endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) med høringsfrist 30. september 2011 side 31.

utlevert hans identitet, noe som kan skape fare for bevisforspillelse.⁷⁷ Når abonnenten ikke gjøres til part, vil ikke denne ha noen mulighet til å uttale seg om sine interesser i interesseavveiningen. Dette bekymret noen høringsinstanser i høringsrunden.⁷⁸

Femte ledd angir at identiteten ikke skal utleveres før avgjørelsen er endelig, det vil si rettskraftig,⁷⁹ og at abonnenten som hovedregel skal få melding om utleveringen én måned at identiteten er utlevert. Bakgrunnen for at det går en måned mellom utlevering og varsling av abonnenten er hensynet til bevissikring.⁸⁰

Sjette ledd slår fast at for «behandling personopplysninger som mottas i medhold av ... bestemmelsen gjelder personopplysningsloven». Bakgrunnen for denne påminnelsen er at det, som nevnt ovenfor, er særlige krav til behandling av sensitive personopplysninger i personopplysningsloven, som for eksempel taushetsplikt, informasjonssikkerhet og innsynsrett.

Retten til privatliv i EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 er ikke nevnt i sammenheng med forslaget til ny åndsverklov § 56b, med unntak av i gjennomgangen gjeldende rett under punktet om av Rt. 2010 s. 774 «Max Manus». Som nevnt under punkt 3.3.1 mener jeg at behandlingen av retten til privatliv var svært overfladisk i kjennelsen. Under punktet om gjeldende EU-rett på området vises det til «beskyttelse av personopplysninger og privatlivets fred» uten at dette utdypes nærmere.⁸¹ Det kan nok være slik at departementet har ansett det for å være unødvendig idet den foreslåtte hjemmelen ikke tar sikte på å endre rettsstanden, men bare gjøre reglene klarere og mer anvendelige gjennom egne bestemmelser i åndsverkloven, men en drøftelse av retten til privatliv kunne likevel vært ønskelig. I disse

⁷⁷ Prop. 65 L (2012-2013) s. 89

⁷⁸ Op.cit. s. 73.

⁷⁹ Op.cit. s. 90.

⁸⁰ L.c.

⁸¹ Op.cit. s. 29.

sakene får én privat part, rettighetshaveren, utlevert identiteten til en annen privat part, abonnenten, og det er i utgangspunktet et tidsrom på en måned der abonnenten ikke vet at rettighetshaveren sitter på informasjon om hans identitet. Dette kan naturlig nok føles som et inngrep i abonnentens privatliv, og det kunne derfor vært ønskelig om departementet hadde kommet med sine synspunkter på om det er i tråd med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 å gi en hjemmel som den foreslåtte.

3.3.2.2 Departementets forslag sett opp mot ACTA

I dette avsnittet skal vi se på hvordan en rettighetshaver skal gå fram for å få utlevert identiteten til internetbrukere som krenker opphavsretten etter ACTA, og holde dette opp mot det departementets forslag til ny åndsverklov § 56b.

Som nevnt i punkt 3.2.2.2, kan de kontraherende statene innføre hjemler hvorefter rettighetshavere kan kreve at kompetent myndighet beordrer en internettleverandør til å utlevere informasjon som identifiserer abonnenter viss IP-adresser påstås å være brukt til opphavsrettskrenkelser jf. ACTA artikkel 27.4:

«A Party may provide... its competent authorities with the authority to order an online service provider to disclose expeditiously to a right holder information sufficient to identify a subscriber whose account was allegedly used for infringement...».

I punkt 3.2.2.2 nøyde vi oss der hovedsakelig med å slå fast at det i artikkel 27.4 var hjemmel til å innføre regler om utlevering av identitet uten å se nærmere på vilkårene for utlevering. Her vil vi se nærmere på selve bestemmelsen. Hvilken myndighet som skal være kompetent til å pålegge en internettilbyder å utlevere en identitet til en rettighetshaver sier artikkelen ikke noe om. I de fleste tilfeller vil den kompetente myndigheten enten være en domstol eller et domstolslignende forvaltningsorgan. Kulturdepartementet foreslår som nevnt over at kompetansen til å gi pålegg om utlevering av identitet skal tilligge domstolene. Departementets forslag er altså i overensstemmelse med ACTA.

Det første vilkåret for at en internettilbyder skal pålegges å utlevere en identitet er at rettighetshaveren må anlegge sak og fremme et rettskrav («... where that right holder has filed a legally sufficient claim...»). I utkastet til ACTA fra april 2010 var det ikke inntatt et krav om at rettighetshaverne måtte anlegge sak for å få utlevert identiteten. I det mest sammenlignbare alternativet var det da kun inntatt et krav om at rettighetshaveren måtte gi melding til internettilbyderen om at den hadde et krav.⁸² Kravet om saksanlegg tilsvarer kravet i Kulturdepartementets forslag til ny § 56b der et av vilkårene er begjæring fra rettighetshaver. Et krav om at rettighetshaveren må gå til domstolen for å få utlevert en identitet er godt i tråd begrensningen i artikkel 27.4s andre punktum der det kreves at hjemmelen skal opprettholde prinsippet om rettferdig rettergang («fair process»).

Som nevnt i punkt 3.2.2.2, er et vilkår for utlevering er etter artikkel 27.4 at kravet gjelder krenkelser av varemerkerett, opphavsrett eller nærstående rettigheter, og informasjonen må også søkes utlevert som et ledd i å beskytte eller håndheve disse rettighetene. De samme kravene finnes i forslaget til ny § 56a om registrering og lagring av IP-adresser. En rettighetshaver vil altså allerede ha måttet oppfylle disse vilkårene før han går til det skritt å be om utlevering av identitet.

I annet punktum finner vi som nevnt begrensinger i retten til å få utlevert identiteten til påståtte krenkere. Den første begrensningen er at hjemlene som innføres, må innføres på en måte som unngår å skape hindringer for lovlig aktivitet på internett, inkludert elektronisk handel («These procedures shall be implemented in a manner that avoids the creation of barriers to legitimate activity, including electronic commerce»). Dette er en bestemmelse som skal hindre misbruk av håndhevelsesreglene, til å fremme egne interesser gjennom handelshindringer, og ikke til beskyttelse av opphavsrettigheter. Det kan minne om EØS-avtalens forbud mot kvantitative eller kvalitative importrestriksjoner i artikkel 11.⁸³

⁸² Utkast fra april 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf

Se utkast til artikkel 2.18 «Option 2, 3 ter», nederst på side 21 dokumentet.

⁸³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 2. mai 1994.

Videre i annet punktum av bestemmelsen slås det fast at reglene må implementeres på en måte som ivaretar grunnleggende prinsipper som ytringsfrihet, rettferdig rettergang og retten til privatliv («These procedures shall be implemented in a manner that... preserves fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy»). Begrensningen som ligger i at reglene må ivareta ytringsfriheten vil behandles nedenfor under punkt 4 om tiltak mot mellomledd, da den vil være mest relevant der, fordi blokkering av nettsteder vil kunne gå på kant med ytringsfriheten. Begrensningen som ligger i at reglene må ivareta retten til privatliv er behandlet ovenfor under punkt 3.2 om registrering og behandling av IP-adresser, og det som er sagt der vil også gjelde ved utlevering av identiteten til bak en IP-adresse. Vi vil her konsentrere oss om begrensningen som ligger i at reglene må ivareta et grunnleggende prinsipp om rettferdig rettergang («fair process»).

Henvisningen til «fair process» eller rettferdig rettergang (min oversettelse) er ikke en velkjent internasjonal juridisk standard, i motsetning til det mer kjente uttrykket «due process» eller rettsikkerhet (min oversettelse). Henvisningen til «fair process» som et grunnleggende prinsipp («fundamental principle») ledet europaparlamentsmedlem, og medlem av det svenske Piratpartiet, Christan Engström til å stille Europakommisjonen spørsmål om betydningen av uttrykket.⁸⁴ Kommisæren for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht, svarte at uttrykket er ment som en henvisning til ordlyden i TRIPS-avtalens artikkel 41.2 der det uttales at «Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable...». ACTA er som nevnt i innledningskapittelet basert på TRIPS-avtalen, og det ble derfor ansett som naturlig å videreføre ordbruken derfra.⁸⁵ Dette gir egentlig liten veiledning med tanke på meningsinnholdet i uttrykket, men etter en naturlig språklig forståelse kan vi iallfall legge til grunn at prosessen må oppfylle visse minste-

⁸⁴ Blakeney (2012) s. 285.

⁸⁵ Svar fra kommisær for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht nr. 1: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2011-008444&language=EN> (03.04.2013)

krav til rettsikkerhet når kravet behandles, som for eksempel at hensynet til sakens opplysning må ivaretas, selv om ikke alle parter høres i saken. I det norske forslaget er dette mer utdypet. Som nevnt over må domstolen, før den beslutter at en identitet skal utleveres, foreta en bred interesseavveining der mange momenter, som for eksempel «krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger», kan tas inn jf. forslaget til ny åndsverklov § 56b tredje ledd. Likevel er det også til det norske forslaget har blitt reist spørsmål vedrørende manglende melding til abonnenten om at domstolen vurderer en sak om utlevering av hans identitet.⁸⁶

3.3.2.3 Oppsummering

Som vi ser, foreslås det i forslaget til ny § 56b i åndsverkloven ganske så likelydende regler som de som gis i ACTA artikkel 27.4. ACTA slår fast at utlevering av identitet krever beslutning fra en kompetent myndighet, som for eksempel en domstol eller et domstolslignende forvaltningsorgan, og departementet foreslår i proposisjonen at kompetansen skal tilligge domstolene. Begge bestemmelsene angir en form for interesseavveining. Den interesseavveiningen angis i forslag til ny åndsverklov § 56b er mye mer konkret enn den som angis i ACTA artikkel 27.4, men det er en naturlig konsekvens av at ACTA er en internasjonal avtale som skal kunne tilpasses de enkelte landenes rettstradisjoner.

I ACTA artikkel 27.4 vises det til at utlevering av identitet ikke må bryte med retten til privatliv, selv om dette som nevnt bærer preg av å være en prinsipperklæring, og ikke en rettighet som vil i seg selv kan påberopes. Departementet har ikke egentlig foretatt en reell vurdering av forslaget opp mot retten til privatliv i EMK artikkel 8.1 eller SP artikkel 17.1 i proposisjonen, noe som etter min mening er betenkelig. Utlevering av identitet til en privat part reiser spørsmål om privatliv som med enda større styrke gjør seg gjeldende enn ved registrering og lagring av IP-adresser, ettersom det er snakk om den faktiske identiteten til en person og ikke bare en rekke med tall. Når retten til privatliv ikke er vurdert bedre kan

⁸⁶ Prop. 65 L (2012-2013) s.35 flg.

det også på dette punktet medføre usikkerhet med hensyn til hvordan domstolene skal vurdere spørsmålet dersom det skulle komme opp.

3.4 Andre tiltak rettet mot den enkelte fildeler

3.4.1 Innledning

Punkt 3 handler om tiltak rettet mot den enkelte fildeler. I dette avsnittet skal vi se på noen tiltak departementet vurderte, men ikke valgte å foreslå, og se disse opp mot ACTA.

I Danmark ble det foreslått innført en ordning der det skulle sendes ut varselbrev til abonnenter hvor det ble opplyst om at det er registrert at deres abonnement var brukt til opphavsrettskrenkelser, og varslet om eventuelle ytterligere skritt rettighetshaverne kunne komme til å ta.⁸⁷ I juni 2012 konkluderte det danske Kulturdepartementet med at en brev-løsning ikke skulle innføres.⁸⁸ I 2009 innførte Frankrike en lov kalt «HADOPI» («Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet»). Min oversettelse: Lov til fremme av spredning og beskyttelse av åndsverk på Internett).⁸⁹ «HADOPI»-navnet er et akronym for myndigheten som administrer loven (Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet).⁹⁰ I korte ordelag er HADOPI-ordningen en ordning der rettighetshaverne informerer HADOPI om at det foregår krenkelser fra en viss IP-adresse, HADOPI sender ut inntil tre varselbrev til abonnenten, og dersom de krenkende handlingene ikke opphører vil saken kunne tas til retten, som kan idømme bøter,

⁸⁷ <http://kum.dk/servicemenu/publikationer/2011/ophavsrettigheder-pa-internettet/>

⁸⁸ Prop. 65 L (2012-2013) s. 11.

⁸⁹ Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, Lov av 12. juni 2009 nr. 669. [Frankrike]

⁹⁰ Prop. 65 L (2012-2013) s. 13.

fengselsstraff og sperring av abonnentens internettforbindelse i inntil én måned.⁹¹ Ordningen har vært, og er fortsatt, svært omdiskutert.⁹²

3.4.2 Varselbrev og utestengelse fra internett

3.4.2.1 Proposisjonen

I høringsrunden ba Kulturdepartementet om synspunkter på hvorvidt det bør foreslås en lovregulering av en varselbrevsordning.⁹³ Høringsinstansene var delt i synet på om det burde innføres en varselbrevsordning. Noen så dette som hensiktsmessig fordi det kunne bidra til enklere og raskere opphør av krenkelser av mindre omfang, mens andre mente det var betenkelig i en personverns- og rettssikkerhetssammenheng. Departementet valgte å ikke foreslå en slik ordning på det nåværende tidspunkt.⁹⁴ Rettighetshavere kan likevel selv velge å sende ut slike varselbrev etter å ha innhentet abonnentens identitet framfor å gå til søksmål, dersom denne finner det hensiktsmessig. Det som ikke innføres er en systematisering av en slik varselbrevsordning, der abonnenten mottar varsel uten at rettighetshaveren først har fått utlevert dennes identitet.

Kulturdepartementet avgrenser mot å foreslå at det skal gis regler som medfører at enkeltbrukere mister sin tilgang til internett. Som nevnt ovenfor er dette en av sanksjonene franske domstoler kan ilegge etter HADOPI-loven. Det vises til at en slik sanksjon vil kunne være urimelig overfor krenkeren selv, selv ved grove krenkelser.⁹⁵ Utestengelse er en vidtrekkende reaksjon som vil medføre at ikke bare krenkerens ulovlige aktivitet, men også hans lovlige bruk av internett vil hindres. I dag er internett så sentralt i samfunnet at en slik

⁹¹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 12-13.

⁹² Op.cit. s. 13.

⁹³ Høringsnotat utarbeidet av kulturdepartementet om endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) med høringsfrist 30. september 2011 side 73 flg.

⁹⁴ Prop. 65 L (2012-2013) s. 6

⁹⁵ Op.cit. s. 9

reaksjon ville hatt så store konsekvenser for krenkeren at det ville være disproportjonalt i forhold til krenkelsens alvorlighet om man helt skulle kunne stenges ute av internett for opphavsrettskrenkelser. Det vises også til at en slik sanksjon vil kunne ramme andre, uskyldige tredjeparter.⁹⁶ For eksempel vil det kunne ramme familien til abonnenten, eller andre som ikke har vært involvert i den ulovlige aktiviteten, men som bruker det samme abonnementet.

3.4.2.2 ACTA

I dette avsnittet skal vi se hva ACTA sier om varselbrev, og eventuell utestengelse fra internett, som følge av opphavsrettskrenkelser. I artikkel 27.3 finnes en bestemmelse som oppfordrer til samarbeid i næringslivet for å hankses med opphavsrettskrenkelser. Også her finner vi begrensninger med hensyn til ytringsfrihet, rettferdig rettergang og retten til privatliv.

«Each Party shall endeavour to promote cooperative efforts within the business community to effectively address trademark and copyright or related rights infringement while preserving legitimate competition and, consistent with that Party's law, preserving fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy».

I aprilutkastet til ACTA var det foreslått en annen ordlyd:

«Each Party shall promote the development of mutually supportive relationships between online service providers and right holders to deal effectively with patent, industrial design, trademark and copyright or related rights infringement which takes place by means of the

⁹⁶ Prop. 65 L (2012-2013) s. 9

Internet, including the encouragement of establishing guidelines for the actions which should be taken».⁹⁷

Ordlyden i aprilutkastet ble tolket som å inneholde en oppfordring til statene om å innføre ordninger som den Frankrike har i Hadopi-loven.⁹⁸ Den er sagt å tilsvare den amerikanske «Digital Millennium Copyright Act» (DMCA) seksjon 512(i) som hjemler en plikt for internetttilbydere til å utestenge såkalte «gjentatte krenkere» («repeat infringers»).

Enkelte har hevdet at selv om ordlyden i artikkel 27.3 er endret, inneholder den fortsatt en underforstått appell om å innføre ordninger som medfører at internettbrukere som krenker opphavsretten, etter gjentatte varsler, blir utestengt fra internett.¹⁰⁰ Europaparlamentsmedlem for Sverige, Christian Engström, stilte den 26. oktober 2010 Europakommisjonen spørsmål om tolkningen av bestemmelsen.¹⁰¹ Kommisæren for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht, svarte at det var kommisjonens forståelse at artikkel 27.3 ikke innebar en plikt for statene til å innføre ordninger som innebærer enkeltpersoners utestengelse fra internett etter gjentatte varsler.¹⁰² Men også at ordlyden heller ikke utelukker at stater velger å innføre, eller opprettholde, slike ordninger.¹⁰³ For meg virker det mest naturlig å anta at når bestemmelsen i aprilutkastet, som ble kritisert for tilsynelatende å inneholde en plikt for statene å innføre systemer hvoretter enkeltpersoner ville utestenges fra internett på grunn av opphavsrettskrenkelser, så ble endret, inneholder den tilsvarende artikkelen i den endelige avtalen, artikkel 27.3, ikke en slik plikt. Men som Kommisæren for handel i Euro-

⁹⁷ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf Se utkast til artikkel 2.18 «option 2, 3 quater» øverst på side 22 i dokumentet.

⁹⁸ Blakeney (2012) s. 287.

⁹⁹ The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 28. oktober 1998 [USA] jf. Blakeney (2012) s. 287.

¹⁰⁰ Se for eksempel Bridy (2010) s. 10.

¹⁰¹ Blakeney (2012) s. 288.

¹⁰² Svar fra kommisær for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht nr. 2: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2010-9026&language=EN>.

¹⁰³ L.c.

pakommisjonen uttalte: ordlyden stenger heller ikke for at statene velger å innføre slike løsninger.

3.4.2.3 Oppsummering

Som vi har sett vil ikke Kulturdepartementet innføre varselbrevsordninger eller regler som medfører at enkeltpersoner utestenges fra internett som følge av opphavsrettskrenkelser. I ACTA artikkel 27.3 finner vi en bestemmelse som ikke pålegger statene noen plikt til – men tillater – å innføre regler som hjemler utestengelse fra internett. Norsk rett er altså i overensstemmelse med ACTA, men også stater som Frankrike, som har regler om varselbrev og utestengelse, vil være i overensstemmelse med ACTA.

4 Tiltak rettet mot mellomleddene

4.1 Innledning

I punkt 4 skal vi se på hvilke sanksjonsmuligheter en rettighetshaver har overfor mellomleddene; internettleverandører og fildelingsnettsteder. Vi tar utgangspunkt i departementets forslag til ny åndsverklov § 56c, for så å se hvordan dette forholder seg til ACTA.

Som nevnt under punkt 2.2.3 er det enklere å identifisere mellomleddene enn den enkelte internettbruker, og effektivitetshensyn kan tilsi at tiltak bør rettes mot mellomleddene.

4.2 Blokkering av nettsteder

4.2.1 Innledning

I punkt 4.2 skal vi se på hvilke sanksjonsmuligheter departementet foreslår at rettighetshavere skal ha overfor mellomleddene, og hvordan dette forholder seg til ACTAs regler om det samme. I denne innledningen skal vi se på gjeldene norsk rett.

Når opphavsrettsbeskyttet materiale spres på internett, skjer dette gjennom et nettsted. Nettstedet kan enten være den originære krenkeren, ved at det er dette som selv har lastet opp det beskyttede verket, slik som innehaveren av for eksempel napster.no til dels hadde gjort,¹⁰⁴ eller det kan legge til rette for andres deling av beskyttet materiale, gjennom formidling av torrentfiler, slik som for eksempel The Pirate Bay gjør.

Den mest effektive måten å hindre krenkelser begått gjennom et nettsted vil være å ta kontakt med innehaveren av nettstedet, og be denne om å forhindre at det tilgjengeliggjøres krenkende materiale på nettstedet. Er innehaveren medgjørilig vil dette effektivt hindre alle brukere av nettstedet i å begå krenkelser gjennom nettstedet. Imidlertid drives mange fildelingsnettsteder vel vitende om at materiale tilgjengeliggjøres ulovlig på nettstedet. Det er som regel formålet med fildelingsnettsteder. I slike tilfeller er det grunn til å anta at innehaverne ikke vil rette seg etter anmodninger fra rettighetshavere. På denne bakgrunn kan det derfor være avgjørende for en rettighetshaver å kunne rette krav mot en norsk internettleverandør.¹⁰⁵ Norske domstoler vil ha jurisdiksjon over norske internettleverandører, i motsetning til over utenlandske internettleverandører eller nettsteder. Internettleverandørene kan iverksette tiltak som vanskelig- eller umuliggjør kundenes tilgang til enkeltnettsteder som formidler ulovlig tilgjengeliggjort materiale. Det finnes en rekke typer tiltak en internettleverandør kan iverksette for å hindre eller vanskeliggjøre kundenes tilgang til nettsteder, og flere av disse er vurdert i proposisjonen,¹⁰⁶ men her vil de omtales samlet under betegnelsen «blokkering», fordi skillet mellom de ulike teknikkene er av mindre betydning for hvorvidt rettighetshavere har, eller skal ha, en rett til å kreve nettsteder blokkert av internettilbydere. Det vesentlige er at en internettilbyder faktisk har mulighet til å hindre sine abonnenters tilgang til enkeltnettsteder. I dag blokkeres for eksempel internettsider som sprer barnepornografisk materiale.¹⁰⁷ Spørsmålet blir i det følgende om rettighetsha-

¹⁰⁴ Jf. Rt.2005 s. 41 «Napster.no».

¹⁰⁵ Prop. 65 L (2012-2013) s. 41.

¹⁰⁶ Op.cit. s. 42-43.

¹⁰⁷ Kripos har innført et barnepornofilter kalt CSAADF (Child Sexual Abuse Anti Distribution Filter).

verne etter gjeldende rett har krav på at internettleverandørene skal blokkere sine kunders adgang til fildelingsnettsteder på grunn av opphavsrettskrenkelser som måtte skje på disse sidene.

Som vi så i punkt 2.2.3.2 er internettilbydere i utgangspunktet fritatt for straffe- og erstatningsansvar for krenkelser som begås gjennom deres nett jf. ehandelsloven §§ 16-18. Der ble det også nevnt at ehandelsloven § 20 slår fast:

«Bestemmelsene i §§ 16-18 er ikke til hinder for at en domstol eller en forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den»

Det er altså adgang til å beslutte at en internettilbyder hindrer adgang til informasjon.¹⁰⁸ Ehandelsloven §§ 16-18 påvirker heller ikke retten til å få en midlertidig forføyning for det samme mot internettilbyderen. Etter EUs opphavsrettsdirektivs artikkel 8.3 skal medlemsstatene:

«... påse at rettighetshavere har mulighet til å kreve rettslig forføyning overfor et mellomledd hvis tjenester brukes av en tredjemann til å overtre en opphavsrett eller en beslektet rettighet».¹⁰⁹

Artikkelen sier ikke hva en slik forføyning overfor et mellomledd skal gå ut på. I direktivets fortale uttales det at det er «... mellommennene som best kan bringe slike inngrep til opphør» og at «[v]ilkårene og nærmere regler for slike forføyninger bør fastsettes i medlemsstatenes nasjonale lovgivning» (59. avsnitt). For å oppfylle kravene i direktivets artikkel 8.3 må altså medlemsstatene innføre lovgivning som gir rettighetshavere mulighet til å

¹⁰⁸ Se ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 34.

¹⁰⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Opphavsrettsdirektivet / Infosoc-direktivet

kreve rettslig forføyning overfor et mellomledd viss tjenester brukes til opphavsrettskrenkelser.

Etter departementets syn var det ikke nødvendig med særlige lovendringer ved gjennomføringen av artikkel 8.3.¹¹⁰ På side 45 i proposisjonen uttales det at utfallet i RG 2010 s. 171, «The Pirate Bay/Telenor», som vil behandles rett nedenfor, «har fått enkelte til å hevde at direktivforpliktelsen i artikkel 8.3 ikke er korrekt gjennomført i Norge».

RG 2010 s. 171, «The Pirate Bay/Telenor», var første gang et krav om at en internettilbyder skulle stenge tilgangen til et fildelingsnettsted ble reist for norske domstoler. Flere selskaper, sammenslutninger og organisasjoner fremmet krav om midlertidig forføyning, jf. tvisteloven kapittel 34, mot Telenor om at tilgangen til fildelingsnettstedet The Pirate Bay skulle blokkeres for Telenors kunder. Kravet var basert på medvirkning til nettsidens opphavsrettskrenkelser, men førte ikke fram. Saken ble ikke anket og er dermed rettskraftig avgjort. Rettighetshaverne viste til at opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3 hjemlet en adgang til midlertidig forføyning mot mellommenn når deres tjenester blir brukt til opphavsrettskrenkelser. Lagmannsretten mente at artikkel 8.3 ikke i seg selv hjemlet en ubetinget adgang til å kreve forføyning, og at fortalens 59. avsnitt forutsatte at det var opp til statene å selv utforme regler om midlertidige forføyninger.

Saken skiller seg fra Rt. 2005 s. 41, «Napster.no»,¹¹¹ der innehaveren av internettsiden napster.no ble stilt erstatningsansvarlig for medvirkning til ulovlig tilgjengeliggjøring av opphavsrettsbeskyttet materiale. I The Pirate Bay-saken var tilknytningen mellom krenkelsene og den saksøkte, Telenor, langt mer fjern enn i napster.no-saken, der den saksøkte selv drev nettstedet og til en viss grad også selv hadde lenket til krenkende materiale. Høyesterett karakteriserte i avsnitt 67 i napster.no-dommen den saksøktes handlinger som «... forsettlig og meget klanderverdige medvirkningshandling...» og viste til at «[h]ans formål

¹¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 46 (2005-2005) og Innst. O. nr. 103 (2004-2005)

¹¹¹ Dommen er behandlet nærmere ovenfor under punkt 2.2.3.1.

med napster.no var nettopp å gi tilgang til denne musikken». I The Pirate Bay-saken fant ikke lagmannsretten det passende å karakterisere Telenors handlinger, eller mangel på handling, på denne måten. Retten uttalte at «Telenors nøytrale og tekniske bidrag til disse handlingene er for fjerne til at de i lovens forstand [k]unne ha blitt karakterisert som ulovlige og straffbare handlinger».

Lagmannsretten fant det forenelig med opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3, lest i lys av 59. avsnitt av fortalen, å stille krav om at Telenor hadde medvirket til de krenkelsene som hadde funnet sted gjennom fildelingsnettstedet. Retten fant, som nevnt rett ovenfor, at slik medvirkning ikke forelå, og avviste rettighetshavernes begjæring om midlertidig forføyning.

Oppsummeringsvis kan vi si at gjeldende rett med hensyn til tiltak mot mellomledd er at vi er pålagt å ha regler om rettslig forføyning mot mellomledd viss tjenester brukes til opphavsrettskrenkelser jf. opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3. Ehandelslovens ansvarsbegrensninger i §§ 16-18 er ikke til hinder for at domstolene pålegger en internettilbyder å blokkere nettstedet jf. § 20 i samme lov. Det her likevel vist seg å være vanskelig for rettighetshaverne å få gjennomslag for et slikt krav basert på tvistelovens regler om midlertidig forføyning jf. utfallet i RG 2010 s. 171 «The Pirate Bay/Telenor». Departementet vil derfor innføre en ny hjemmel i åndsverkloven § 56c.

4.2.2 Foreslått ny åndsverklov § 56c og enkelte prosessuelle regler, sammenholdt med ACTA

Under dette punktet skal vi se på hvilke sanksjonsmuligheter Kulturdepartementet foreslår at rettighetshavere i framtiden skal ha overfor mellomleddene, og holde den foreslåtte løsningen opp mot ACTA.

4.2.2.1 Ny åndsverklov § 56c og enkelte prosessuelle regler

Som vi har sett ovenfor har det vist seg vanskelig for rettighetshavere å kreve at internetttilbydere blokkerer nettsteder, jf. RG 2010 s. 171 «The Pirate Bay/Telenor». Kulturdepartementet foreslår derfor en ny hjemmel i åndsverkloven § 56c som skal gi rettighetshaverne en rett til å kreve nettsteder som formidler materiale som krenker opphavsretten blokkert av internetttilbyderne.

Første ledd av ny § 56c oppstiller grunnvilkårene for pålegg, og vil etter forslaget lyde:

«Retten kan etter begjæring fra en rettighetshaver, pålegge tjenesteyter som tilbyr informasjonssamfunnstjeneste som nevnt i ehandelsloven § 1 andre ledd bokstav b, å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov.»

Med dette gis domstolene, etter begjæring fra en rettighetshaver, en klar hjemmel til å pålegge blokkering av nettsteder. Bestemmelsen oppstiller ingen handleplikt for en internetttilbyder før retten har fattet sin avgjørelse, for eksempel på oppfordring fra en rettighetshaver. Rettens avgjørelse er det som utløser en eventuell handleplikt for internetttilbyderne.¹¹² Med denne bestemmelsen får rettighetshaverne virkemiddelet de manglet i RG 2010 s. 171 «The Pirate Bay/Telenor», og på denne måten vil Norge oppfylle kravene i opphavsrettsdirektivet artikkel 8.3. Med hensyn til ehandelsloven § 20 vil ny åndsverklov § 56c bli et «annet rettsgrunnlag enn denne loven».

Begrepet «nettsted» er et vidt begrep. Det er ikke avgjørende hva slags teknologi som brukes for å begå krenkelsene, og begrepet omfatter nettsteder som formidler og/eller tilbyr støttetjenester for ulovlig fildeling eller ulovlig strømming.¹¹³ Det sies ikke med klare ord i proposisjonen, men vi kan nok legge til grunn at det er valgt et såpass vidt begrep for ikke å

¹¹² Prop. 65 L (2012-2013) s. 91.

¹¹³ L.c.

skape smutthull i lovverket som nettstedet kan benytte seg av for å omgå loven. Hadde lovteksten vært for konkret, ville det vært enkelt for en fildelingstjeneste å benytte seg en annen teknologi enn de som var nevnt i loven, og slik unngå blokkering.

Vilkårene for å gi pålegg er relativt strenge. Internetttilbydere kan pålegges å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til et nettsted der det «i stort omfang» tilgjengeliggjøres materiale som «åpenbart» krenker rettigheter etter åndsverkloven. Ordbruken «i stort omfang» sikter til en kvantitativ vurdering der krenkelsen må være av et visst omfang, men skadevirkningen av krenkelsen vil også være et relevant moment.¹¹⁴ Omfanget må også være stort i forhold til det totale innholdet på nettstedet.¹¹⁵ Dette betyr at det ikke vil kunne gis pålegg om å hindre tilgang til nettsteder som for eksempel YouTube, selv om det finnes krenkende materiale der, ettersom innholdet der er hovedsakelig lovlig. Hvis tilgjengeliggjøringen av lovlig materiale åpenbart fremstår som et forsøk på å omgå reglene vil dette kunne tas med i vurderingen.¹¹⁶ Et nettsted viss hovedformål er tilgjengeliggjøring av ulovlig opplastet materiale kan ikke omgå reglene ved å i tillegg tilgjengeliggjøre store mengder lovlig innhold. Ikke bare materiale som krenker rettighetene til den rettighetshaveren som begjærer tiltak skal tas i betraktning, også materiale som krenker andres rettigheter skal det ses hen til.¹¹⁷ En høy terskel for når å blokkere nettsteder kan begrunnes i ytringsfriheten, og i de enkelte nettstedenes samfunnsnytte. For eksempel ville det være et drastisk tiltak å stenge sider som finn.no, på grunn av at det iblant selges varer der som krenker rettigheter etter åndsverkloven. Videre må materialet «åpenbart» krenke rettigheter etter åndsverkloven. Dette omtales i proposisjonen som et krav om «sterk sannsynlighetsovervekt».¹¹⁸ Beviskravet er altså skjerpet sammenlignet med det som vanligvis gjelder i sivilretten, nemlig alminnelig sannsynlighetsovervekt. Et såpass høyt beviskrav er valgt fordi departementet

¹¹⁴ Prop. 65 L (2012-2013) s. 91.

¹¹⁵ L.c.

¹¹⁶ L.c.

¹¹⁷ L.c.

¹¹⁸ L.c.

anser pålegg om å hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettstedet som svært inngripende tiltak.¹¹⁹

Internettilbyderens subjektive forhold spiller ingen rolle i vurderingen av om det skal gis pålegg om å hindre tilgang til et nettsted.¹²⁰ Vurderingen gjøres uavhengig av om internett-tilbyderen på noen måte kan klandres for, eller er klar over, at det gis tilgang til ulovlig materiale.

Annet ledd angir at det skal foretas en interesseavveining dersom grunnvilkårene i første ledd er oppfylt og vil lyde:

«For at begjæringen skal tas til følge, må hensynene som taler for at pålegg gis veie tyngre enn ulempene pålegget vil medføre. Ved vurderingen skal retten avveie interessene som tilsier at tilgangen til nettstedet hindres eller vanskeliggjøres mot andre interesser som berøres av et slikt pålegg, herunder interessene til den pålegget retter seg mot og innehaveren av nettstedet, og hensynet til informasjons- og ytringsfriheten. Det skal også tas hensyn til muligheten for alternative og mindre inngripende tiltak.»

Som vi ser, må hensynene som taler for pålegg veie tyngre enn ulempene pålegget vil medføre. I denne vurderingen skal rettighetshaverens interesse avveies mot andre interesser, herunder internetttilbyderens interesser, nettstedets interesser og hensynet til informasjons- og ytringsfriheten. Relevante momenter kan blant annet være krenkelsens alvorlighet, omfang og skadevirkninger og om legitime tredjepartsinteresser, herunder forbrukerhensyn, blir berørt.¹²¹ Henvisningen til «informasjons- og ytringsfrihet» sikter til om et pålegg også vil ramme lovlig innhold og hvor beskyttelsesverdig dette innholdet er.¹²² I tillegg skal ret-

¹¹⁹ Prop. 65 L (2012-2013) s. 60.

¹²⁰ Op.cit. s. 91

¹²¹ Op.cit. s. 92

¹²² L.c.

ten se hen til muligheten for at andre og mindre inngripende tiltak vil kunne oppfylle hensikten med et eventuelt pålegg, nemlig å hindre videre krenkelser. For eksempel kan det hende at innehaveren av nettstedet frivillig fjerner det krenkende materialet dersom den får en henvendelse om dette. På side 92 i proposisjonen uttaler departementet at rettighetshaveren normalt bør ha forsøkt å ta kontakt med innehaveren av nettstedet for å få stoppet krenkelsen, før et eventuelt pålegg er aktuelt. Oppstillingen av momenter i andre ledd er ikke ment å være uttømmende.¹²³

Kulturminister Hadia Tajik uttalte på pressekonferansen i forbindelse med at endringsforslagene ble lansert, at terskelen for bruk av bestemmelsen er «ekstremt høy» begrunnet i ytrings- og informasjonsfriheten, og at rettighetshavere vil måtte finne seg i «en hel rekke med opphavsrettslige krenkelser, som de ikke kan bruke dette virkemiddelet mot».¹²⁴

Internett er et viktig verktøy til fremme av ytringsfriheten. Det har vi særlig sett i de siste årene da sosiale nettsteder ble sentrale for informasjonsdeling under den såkalte «arabiske våren». Ytringsfriheten er nedfelt i Grunnloven¹²⁵ § 100 og i EMK artikkel 10, og har således forrang over alminnelig lovgivning. Departementet har viet mye plass til å vurdere forslaget om blokkering av tilgang til nettsteder opp mot ytringsfriheten.¹²⁶ Blokkering av et nettsted vil umuliggjøre tilgang til ytringer som er publisert der, og blir publisert der i framtiden, og vil følgelig være et inngrep i ytringsfriheten. Et inngrep i ytringsfriheten må ha klart definerte grenser og la seg forsvare opp mot ytringsfrihetens begrunnelser jf. Grunnloven § 100 tredje ledd. Ytringsfrihetens begrunnelser er jf. annet ledd «Sannhetssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse». Departementet viser til at ytringsfriheten er nevnt i annet ledd av forslaget, og mener at forslaget er klart definert på grunn av at det

¹²³ Prop. 65 L (2012-2013) s. 62 og 92

¹²⁴ Pressekonferanse 8.2.13:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/kud/lyd_bilde/nett-tv/endringer_aandsverkloven.html?id=713679

¹²⁵ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814

¹²⁶ Prop. 65 L (2012-2013) s. 62 flg.

lovfestes strenge vilkår som at innholdet på nettstedet «i stort omfang» og «åpenbart» krenker rettigheter etter åndsverkloven.¹²⁷ Det vises til at tilgjengeliggjøring av krenkende materiale vanligvis ikke vil være særlig beskyttelsesverdige ytringer.¹²⁸ Departementet mener at blokkering av nettsteder som i vesentlig grad inneholder ulovlig innhold ikke i særlig grad vil påvirke sannhetssøken, demokrati eller individets frie meningsdannelse, men ser at når formålet ved et eventuelt pålegg er å innsnevre tilgang til tilgjengelige kilder, er dette gå en begrensning i informasjonsfriheten.¹²⁹ Departementet mener blokkering kan forsvares som nødvendig og forsvarlig for å ivareta andres rettigheter etter åndsverkloven.¹³⁰ Det presiseres av hjemmelen er ment brukt med varsomhet og forbeholdes brukt i de mest alvorlige tilfellene, og at der det aktuelle nettstedet også inneholder mye lovlig materiale må domstolene vurdere konkret om tiltaket står seg mot ytringsfriheten.¹³¹ Departementet viser til forbudet mot forhåndssensur i Grunnloven § 100 fjerde ledd og at blokkering etter forslaget ikke vil være forhåndssensur idet grunnlaget for blokkeringen er det allerede publiserte ulovlige materialet, og ikke eventuell senere informasjon som måtte publiseres der.¹³² Blokkerte nettsteder vil kunne gjenåpnes dersom det ulovlige innholdet fjernes, eller nettstedet skifter karakter. Departementet mener på denne bakgrunn at forslaget til ny åndsverklov § 56c ikke vil være i strid med Grunnloven § 100 og at vurderingen vil bli tilsvarende for EMK artikkel 10.¹³³

Departementet fremmer også forslag om en rekke regler av prosessuell karakter fordi det mener at tvistelovens saksbehandlingsregler ikke passer så godt i den aktuelle situasjo-

¹²⁷ Prop. 65 L (2012-2013) s. 64.

¹²⁸ Op.cit. s. 65.

¹²⁹ L.c.

¹³⁰ L.c.

¹³¹ L.c.

¹³² L.c.

¹³³ Op.cit. s. 66.

nen.¹³⁴ De fleste av disse prosessreglene vil ikke behandles i denne oppgaven, men noen av dem er interessante i et rettssikkerhetsperspektiv, og vi vil derfor se kort på dem nedenfor.

Ved bruk av de alminnelige prosessreglene i tvisteloven oppstår det en topartskonstellasjon mellom rettighetshaveren som saksøker og internettilbyderen som saksøkt, mens den som påstås å ha krenket rettighetshaverens rettigheter (nettstedet), vil ikke ha krav på å bli varslet, ettersom det eventuelle blokkeringspålegget retter seg mot internettleverandørene og ikke mot nettstedet.

Departementet foreslår en ny § 56d der rettighetshaveren, i tillegg til å angi alle internettilbydere den ønsker at et eventuelt pålegg skal være bindene for, skal angi innehaveren av det aktuelle nettstedet som motpart. Begrunnelsen for at også innehaveren av nettstedet skal angis som motpart, er at et eventuelt pålegg vil kunne få store konsekvenser for innehaveren.¹³⁵ I tillegg vil en internettilbyder normalt ha mindre interesse i å forsvare innholdet på det aktuelle nettstedet, og det vil derfor være naturlig å gi innehaveren en rett til å uttale seg.¹³⁶ Involvering av innehaveren er ikke et absolutt krav, ettersom noen innehavere forsøker å forholde seg skjult. Hovedregelen er at begjæringen skal forelegges innehaveren, men hvis denne er ukjent eller har ukjent adresse, kan saken avgjøres uten at vedkommende har hatt anledning til å uttale seg jf. forslag til ny §§ 56d og 56e tredje ledd tredje punktum.¹³⁷ Også hvis det er «fare for opphold» vil begjæringen kunne tas til følge uten at motpartene har blitt hørt jf. forslag til ny § 56e femte ledd. Vilkåret om «fare ved opphold» tilsvarende bestemmelsene i tvisteloven §§ 32-7 annet ledd, 33-3 annet ledd og 34-2 annet ledd, og er begrunnet i at det noen ganger vil være behov for en hurtig avgjørelse.¹³⁸ Dette kan for eksempel gjelde i tilfeller hvor et nettsted har annonsert at det vil strøme en direk-

¹³⁴ Prop. 65 L (2012-2013) s. 31.

¹³⁵ Op.cit. 75.

¹³⁶ L.c.

¹³⁷ L.c.

¹³⁸ Op.cit. s. 93.

tesendt tv-begivenhet. Hvis man de må vente på alle partenes uttalelser før en beslutning tas, risikerer man at sendingen blir strømmet, og at skaden dermed har skjedd, før retten har fått vurdert begjæringen. Har begjæringen blitt tatt til følge uten at motpartene er hørt, gis disse en rett til etterfølgende forhandlinger om begjæringen, hvoretter retten treffer ny kjennelse «hvor den helt eller delvis stadfester, endrer eller opphever sin første avgjørelse» jf. forslag til ny § 56g.

Med hjemmelen departementet foreslår vil rettighetshaverne få den hjemmelen de tilsynelatende manglet i RG 2010 s. 171 «The Pirate Bay/Telenor». Slik vil norsk rett også komme i overensstemmelse med Opphavsrettsdirektivets artikkel 8.3 som sier at statene må hjemle en mulighet for rettighetshaverne til å få rettslig forføyning mot mellomledd viss tjenester brukes til opphavsrettskrenkelser.

4.2.2.2 Departementets forslag sett opp mot ACTA

I dette avsnittet skal vi se på hvilke sanksjonsmuligheter en rettighetshaver har mot mellomleddene etter ACTA, og sammenholde dette med departementets forslag til ny åndsverklov § 56c og de refererte prosessuelle reglene.

I ACTA artikkel 27, som gjelder rettighetshåndhevelse på det digitale området, finner vi ingen bestemmelser som direkte angår blokkering av nettsteder eller andre sanksjoner mot verken internettilbydere eller nettsteder. Artikkel 27.2, som slår fast at statenes håndhevelsesregler skal gjelde ved krenkelser over digitale nettverk, som for eksempel fildelingsnettverk jf. punkt 3.2.2.2, har en fotnote til begrensningene i annet ledd. I fotnoten slås det fast at bestemmelsen ikke pålegger stater å endre sin lovgivning med hensyn til regler som begrenser ansvar for – og tilgjengeligheten av rettsmidler mot – internettilbydere, så lenge de ivaretar rettighetshaveres legitime interesser:

«For instance, without prejudice to a Party's law, adopting or maintaining a regime providing for limitations on the liability of, or on the remedies available against, online service providers while preserving the legitimate interests of right holder».

ACTA påvirker altså ikke staters lovgivning med hensyn til regler som de norske i ehandelsloven §§ 16-18 jf. § 20.

Ellers i artikkel 27 finner vi ingen direkte henvisning til virkemidler mot mellomleddene. Som nevnt i oppgavens innledningskapittel er delene om sivil- og strafferettslig håndheving av rettigheter gjort til del av håndhevingen av rettigheter på internett jf. artikkel 27.1. Vi må derfor til disse delene og se om det der er regler som angir hvilke sanksjonsmuligheter en rettighetshaver skal ha tilgjengelig mot et mellomledd.

Artikkel 23 angir hva som skal være ansett som kriminelle handlinger. I første ledd angis det at statene skal innføre strafferettslige virkemidler mot blant annet krenkelser av opphavsrett og nærstående rettigheter på en kommersiell skala. Kommersiell skala er i neste punktum sagt at skal inkludere minst krenkelser gjort i kommersiell virksomhet for direkte eller indirekte økonomisk vinning eller kommersiell fordel:

«Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright or related rights piracy on a commercial scale. For the purposes of this Section, acts carried out on a commercial scale include at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage»

Etter artikkel 23.5 skal statene også innføre straffansvar for juridiske personer, uavhengig av om en fysisk person kan straffes for handlingen. «... establish the liability ... of legal persons...»

Mange fildelingstjenester opererer i stor skala, og selv om de ikke tjener penger på selve fildelingen, tjener de gjerne penger på reklame på sine nettsider. Slik kan man si at de opererer på en kommersiell skala. Det skal altså kunne brukes strafferettslige virkemidler mot fildelingsnettsteder etter ACTA artikkel 23.1 jf. 27.2. Også etter norsk rett kan fildelings-

tjenester forfølges strafferettslig, såfremt man kan legge til grunn at de krenker opphavsrett eller nærstående rettigheter jf. åndsverkloven § 54.

Etter artikkel 23.4 skal også medvirkning til krenkelser medføre straffansvar:

«With respect to the offences specified in this Article for which a Party provides criminal procedures and penalties, that Party shall ensure that criminal liability for aiding and abetting is available under its law».

Artikkel 23.4 hjemler altså straffansvar for medvirkning til opphavsrettskrenkelser, noe som vil kunne anvendes mot mellomledd. Også dette samsvarer med norsk rett jf. åndsverkloven § 54 tredje ledd. Leser man ordlyden isolert, vil man etter artikkel 23.4 kunne illegge både fildelingsnettsteder og internettilbydere medvirkningsansvar for den rollen de har som mellomledd i fildeling. Men ser man artikkelen i sammenheng med den nevnte fotnoten til artikkel 27.2, vil statene kunne unnta internettilbydere fra slikt ansvar så lenge rettighetshaverens interesser likevel ivaretas, som etter den norske ehandelsloven §§ 16-18 jf. § 20. Dersom en stat ikke har slike hjemler, vil den kunne illegge en internettilbyder straff dersom dennes rolle som mellomledd, etter den statens rett, kan karakteriseres som medvirkning til krenkelser av opphavsrett eller nærstående rettigheter.

Etter ACTA artikkel 8.1, som gjelder pålegg («injunctions»), skal statene påse at domstolene har myndighet til å pålegge en part å avstå fra krenkelser og blant annet pålegge parten eller en tredjepart, som domstolen har jurisdiksjon over, å hindre varer som krenker immaterialrettigheter å komme i omløp.

«Each Party shall provide that, in civil judicial proceedings concerning the enforcement of intellectual property rights, its judicial authorities have the authority to issue an order against a party to desist from an infringement, and *inter alia*, an order to that party or, where appropriate, to a third party over whom the relevant judicial authority exercises ju-

risdiction, to prevent goods that involve the infringement of an intellectual property right from entering into the channels of commerce».

I lys av problemstillingen, som her er hvilke sanksjonsmuligheter en rettighetshaver har overfor mellomleddene, er det mest relevant å se på hva en rettighetshaver kan få dom for mot en tredjepart («a third party»). I andre del av bestemmelsen finner vi en hjemmel til pålegg mot tredjeparter. Ordlyden er best tilpasset de analoge krenkelsene med tanke på at bestemmelsen taler om «varer» («goods») og «omløp» («channels of commerce»), men av ordlydens «blant annet» («inter alia»), kan vi legge til grunn at det ikke siktes kun til varer som skal i handelen. Ordlyden er vid nok til å også inkludere en hjemmel til å pålegge tiltak mot digitale krenkelser, noe den også er ment å gjøre jf. artikkel 27.1. En domstol kan altså pålegge mellomledd, som for eksempel internettleverandører eller innehavere av nettsteder, å hindre at tjenestene deres brukes til krenkelser. Med hensyn til å pålegge internett-tilbydere å hindre krenkelser som skjer gjennom deres nett, minner dette klart om rettsfølgen i forslaget til ny åndsverklov § 56c, nemlig å hindre tilgang til nettsteder. Med hensyn til nettsteder ligner det på rettsfølgen i en forbudsdom mot nettstedet som pålegger det å avstå fra å videreformidle krenkende materiale. Selv om ACTA artikkel 8.1 angir rettsfølger som minner om de vi har i norsk rett, er den svært vag, og det er ikke lett å avgrense rekkevidden av bestemmelsen. I de norske reglene er det avgrenset i loven, lest i lys av forarbeidene, hva tiltaket kan gå ut på og hvilke hensyn som skal avveies før retten fatter sin beslutning, jf. punkt 4.2.2.1.

ACTA artikkel 12 gjelder midlertidige forføyninger («provisional measures»). Slike forføyninger vil i tid komme før et pålegg etter artikkel 8, men vil i realiteten være et midlertidig pålegg om det samme inntil en domstol har fattet et endelig vedtak. Derfor behandles artikkel 12 etter artikkel 8 i denne oppgaven. Etter artikkel 12 første ledd bokstav a, skal statene påse at domstolene har myndighet til raskt å pålegge effektive midlertidige forføyninger mot en part, eller tredjepart den har jurisdiksjon over, for å hindre krenkelser av enhver immateriell rettighet, særlig for å hindre krenkende varer fra å komme i handelen.

«Each Party shall provide that its judicial authorities have the authority to order prompt and effective provisional measures: (a) against a party or, where appropriate, a third party over whom the relevant judicial authority exercises jurisdiction, to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring, and in particular, to prevent goods that involve the infringement of an intellectual property right from entering into the channels of commerce»

Vi ser av ordlyden at det siktes til tilsvarende tiltak som i artikkel 8, bare at disse skal vedtas raskt og være midlertidige. Det som er sagt om rettsfølgene og vagheten med hensyn til avgrensning av rekkevidden av artikkel 8, vil også gjelde her. Etter tvisteloven kapittel 34 kan norske domstolen beslutte midlertidig forføyning, men her er kravene – for eksempel kravet til sikringsgrunn – mye mer konkrete enn etter ACTA artikkel 12 første ledd.

Etter annet ledd i artikkel 12 skal statene påse at domstolene har myndighet til å beslutte midlertidig forføyning uten høring av den annen part, der dette er nødvendig, og særlig hvis noen forsinkelse kan medføre uopprettelig skade for rettighetshaveren eller det er en klar fare for at bevis vil bli ødelagt.

«Each Party shall provide that its judicial authorities have the authority to adopt provisional measures *inaudita altera parte* where appropriate, in particular where any delay is likely to cause irreparable harm to the right holder, or where there is a demonstrable risk of evidence being destroyed...»

Domstolene kan altså beslutte midlertidig forføyning uten høring av alle parter dersom det er fare ved opphold, eller risiko for bevisforspillelse. Dette tilsvarer reglene Kulturdepartementet foreslår til ny § 56e femte ledd, der retten kan fatte beslutning om blokkering av nettsted uten høring av motpartene dersom det er «fare ved opphold».

Det som er sagt om ytringsfriheten under punktet om forslag til ny åndsverklov § 56c ovenfor, vil også gjelde her. Ytringer i form av opphavsrettskrenkende materiale vil vanligvis

ikke være særlig beskyttelsesverdige sett opp mot rettighetshavernes legitime interesser, men enhver innsnevring av tilgang til informasjon er et inngrep i ytringsfriheten, og må følgelig stå seg mot dennes begrunnelse. I ACTA er det ikke sagt noe om hvordan ytringsfriheten skal veies opp mot rettighetshavernes interesser, og det ingen konkrete føringer med hensyn til en interesseavveining eller lignende. Vi har kun en generell henvisning til det «grunnleggende prinsippet om ytringsfrihet». I motsetning til hensynet til privatliv er altså hensynet til ytringsfriheten mer grundig vurdert i de norske forarbeidene enn de er i ACTA. Dette kan være fordi ytringsfriheten er grunnlovsfestet i Grunnloven § 100, i motsetning til retten til privatliv, som bare er grunnlovsfestet gjennom de generelle henvisningene til menneskerettighetene i §§ 2 og 110c. Dette er etter min mening i så fall ikke en god begrunnelse.

4.2.3 Oppsummering

Kulturdepartementet foreslår å innføre en klar hjemmel, med relativt strenge vilkår, for å kunne pålegge en internettilbyder å blokkere nettsteder med krenkende materiale i åndsverkloven § 56c. Med dette får rettighetshaverne den hjemmelen de manglet i RG 2010 s. 171 «The Pirate Bay».

ACTA har ingen bestemmelser som direkte angår blokkering av nettsteder, men etter artiklene 8 og 12 jf. artikkel 27 første og annet ledd, kan statene innføre hjemler som den Kulturdepartementet foreslår til ny åndsverklov § 56c. Forslaget er altså i samsvar med ACTA, selv om vilkårene for pålegg og hvilke hensyn som skal avveies, er mye vagere utformet i ACTA enn i det norske forslaget. I oppsummeringen av de andre forslagene sett i lys av ACTA har jeg fremmet skepsis til departementets manglende vurdering av hensynet til privatliv og henvist til at det i ACTA er vist til dette som et grunnleggende prinsipp som statene må ta i betraktning. I motsetning til retten til privatliv er ytringsfriheten grundig behandlet i proposisjonen. Domstolene har klarere holdepunkter for å vurdere hensynet til ytringsfriheten ved tolkning av ny § 56c enn de har til å vurdere retten til privatliv etter ny §§ 56a og 56b. Med tanke på at henvisningen til ytringsfriheten i ACTA fremstår som en

prinsipperklæring, mer enn en rettighet å påberope seg, ser det også ut til at forlaget til ny § 56c står seg bedre mot ytringsfriheten enn ACTA.

5 Sammenfattende betraktninger

Som vi vi har sett i denne oppgaven, er det i stor grad samsvar mellom hvordan departementet foreslår at opphavsrettigheter skal håndheves på internett i framtiden, og de håndhevelsesreglene som følger av ACTA.

På nesten alle de punktene Kulturdepartementet foreslår å endre de norske håndhevingsreglene, er den løsningen de foreslår i tråd med ACTAs regler. På ett punkt foreslår departementet tilsynelatende mer inngripende tiltak enn de ACTA innfører, nemlig når det kommer til registrering og lagring av IP-adresser til bruk i eventuell senere rettslig forfølgning, jf. forslag til ny åndsverklov § 56a. Etter det norske forslaget legges det til private parter å overvåke nettet og registrere fildelernes IP-adresser, noe ACTAs tidligere utkast ble kritisert for å legitimere.¹³⁹ Det er verdt å merke seg at kritikken ikke stilnet, selv om ordlyden ble endret, og det ble lagt inn begrensninger med hensyn til grunnleggende prinsipper som ytringsfrihet, rettferdig rettergang og retten til privatliv.¹⁴⁰ Så hvorvidt det norske forslaget innfører mer inngripende tiltak enn ACTA gjør på dette punktet, eller om de er i overensstemmelse, er fremdeles noe uklart. Det som er klart er at departementet foreslår en kontroversiell løsning på problemstillingen.

Etter min mening har ikke departementet foretatt en grundig nok behandling av retten til privatliv under behandlingen av forslagene til tiltak rettet mot den enkelte fildeler.¹⁴¹ Det eneste stedet retten til privatliv nevnes er under behandlingen av Rt. 2010 s. 774 «Max Ma-

¹³⁹ Jf. kritikken fra blant annet EDPS referert under punkt 3.2.2.2.

¹⁴⁰ Jf EDPS' uttalelse av 24. april 2012: http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-12-9_en.htm.

¹⁴¹ Jf. punkt 3 i oppgaven.

nus», og i den kjennelsen er behandlingen av EMK artikkel 8, som nevnt under punkt 3.3.1, etter min mening meget overfladisk.

I motsetning til behandlingen av retten til privatliv under forlagene til tiltak rettet mot den enkelte fildeler, er ytringsfriheten viet mye plass i forarbeidene, under punktet om tiltak rettet mot mellomleddene,¹⁴² men også på dette punktet er rettsfølgen i forslaget i samsvar med ACTA.¹⁴³

Hovedforskjellen mellom de norske forslagene og ACTA, er at ACTAs formuleringer er vagere enn de norske. Dette gjelder iallfall når de norske forslagene, i tråd med alminnelig norsk tolkningslære, leses i lys av departementets vurderinger i proposisjonen. I likhet med de fleste internasjonale avtaler, har ACTA ingen tilgjengelige forarbeider. Dette gjør at reglene blir noe mer uklare, særlig når formuleringene er såpass vage. At formuleringene er vage er en naturlig konsekvens av at det er snakk om en internasjonal avtale, viss regler skal kunne implementeres i de kontraherende statenes rett. Det kan likevel skape usikkerhet med hensyn til hvilke tiltak som er i tråd med ACTA, og hvilke avveininger som må gjøres ved praktisering av de enkelte tiltakene.

Det kan være en fordel å ha likelydende regler med land vi samhandler med, men med tanke på hvor stor motstand ACTA har møtt, er det likevel oppsiktsvekkende at departementet foreslår regler som i stor grad sammenfaller med ACTA, uten å nevne avtalen med ett eneste ord i forarbeidene. Hvorfor departementet ikke har vurdert ACTA ved sin behandling av problemstillingene, er uvisst. Det kan grunne i et ønske om å skape så få «bølger» som mulig, på et rettsområde som for tiden er meget omdiskutert. Å åpent innrømme at det foreslås regler som i stor grad samsvarer med en kontroversielle avtale som ACTA, kan skape mer motstand mot forslagene enn det departementet ønsket seg. Jeg syns likevel det hadde vært mest redelig å vurdere forslagene opp mot ACTA, særlig når spørsmålet om

¹⁴² Jf. punkt 4 i oppgaven.

¹⁴³ Jf. punkt 4.2.3 i oppgaven.

hvorvidt Norge vil tilknytte seg avtalen fremdeles står på gløtt. Etter at ACTA sist ble kommentert av regjeringen den 2. mars 2012,¹⁴⁴ har ACTA blitt nedstemt i EU-parlamentet.¹⁴⁵ Jeg antar at dette gjør det mindre sannsynlig at Norge vil tilslutte seg avtalen, ettersom ett av momentene regjeringen nevnte den 2. mars 2012 var «ratifikasjonsprosessene i EU». På bakgrunn av at jeg mener de norske forslagene til regler om håndheving av opphavsrettigheter på internett er i samsvar med ACTAs regler om det samme, bør iallfall ikke en frykt for å måtte endre norsk rett på dette punktet stå i veien for ratifikasjon av avtalen. På den annen side gir regulering gjennom alminnelig lovgivning mer fleksibilitet for lovgiveren enn tiltredelse av en internasjonal avtale.

¹⁴⁴ <http://www.datatilsynet.no/Nyheter/Eldre-nyheter/2010/Fakta-om-Acta/>

¹⁴⁵ www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20120217BKG38488&format=XML&language=EN

6 Register

6.1 Regelverk

6.1.1 Norske lover

1814	Kongeriget Norges Grundlov, (Grunnloven) given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
1961	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
2000	Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. april 2000 nr. 31
2003	Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35
2003	Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4. juli 2003 nr. 83
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

6.1.2 Utenlandske lover

HADOPI	Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, Lov av 12. juni 2009 nr. 669 [Frankrike]
DMCA	Digital Millennium Copyright Act (DMCA) 28. oktober 1998 [USA]

6.1.3 Internasjonalt regelverk

ICJ-statuttene	Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ), FN 26. juni 1945
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 4. november 1950

SP	FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter, FN 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh 15. april 1994
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto, 2. mai 1994
Opphavsrettsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Opphavsrettsdirektivet / Infosoc-direktivet
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Tokyo 15. oktober 2011

6.2 Forarbeider

Ot.prp.nr.26 (1959-1960)	Om lov om opphavsrett til åndsverk.
Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Innst. O. nr. 103 (2004-2005)	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Høringsnotat	Høringsnotat utarbeidet av kulturdepartementet om endringer i åndsverkloven (tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) med høringsfrist 30. september 2011.
Prop. 65 L (2012-2013)	Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)

6.3 Rettspraksis

Rt. 2005 s 41 «Napster.no»

Rt. 2010 s. 774 «Max Manus»

6.4 Litteratur

- Aarli, Ragna *Vern av «privatlivets fred»* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 118 (2005 04-05), s. 525-572
- Rognstad, Ole-Andreas (i samarbeid med Lassen, Birger Stuevold)
 Opphavsrett 1. utg. Oslo, 2009
- Lando, Ole *Kort indføring i komparativ ret* 3. utg. København, 2009
- Bridy, Annemarie *ACTA and the Specter of Graduated Response. PIJIP Research Paper no. 2.* American University Washington College of Law, Washington, DC. 2010
<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=research> [12.02.2013]
- Yu, Peter K. *Six secret (and now open) fears of ACTA*, Drake University Law School, Des Moines (USA) 2010
http://infojustice.org/download/acta-a2m/scholarly/2011%20Peter%20Yu,%20Six%20Secret%20%28and%20Now%20Open%29%20Fears%20of%20ACTA,%2064%20S.M.U.%20L.%20Rev.%20____.pdf
- Kaminski, Margot *An Overview and the Evolution of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement. PIJIP Research Paper no. 17.* American University Washington College of Law, Washington DC. 2011
<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1019&context=research> [12.02.2013]
- Blakeney, Michael *Intellectual Property Enforcement. A Commentary on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)* Cheltenham (UK)/ Northampton MA (US), 2012

6.5 Internett

Brev fra Datatilsynet av 25.10.2006:

Tilsendt på e-post den 05.02.2013 fra Jorunn Aarvik i Datatilsynet

Personvernemnda, vedtak PVN-2009-18:

http://www.personvernemnda.no/vedtak/2009_18.htm

Datatilsynets faktaside om ACTA:

<http://www.datatilsynet.no/Nyheter/Eldre-nyheter/2010/Fakta-om-Acta/> (12.04.2013)

Svar fra kommisær for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht nr. 1:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2011-008444&language=EN> (03.04.2013)

Svar fra kommisær for handel i Europakommisjonen, Karel de Gucht nr. 2:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2010-9026&language=EN> (09.04.2013)

Aprilutkast ACTA:

Utkast til ACTA, april 2011:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf (19.03.2013)

ACTA nedstemt i EU-parlamentet:

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20120217BKG38488&format=XML&language=EN (21.03.2013)

Personvernmemndas avgjørelse av 21. mars 2012:

http://www.personvernmemnda.no/vedtak/2011_10.htm
(25.03.2013)

EDPS' uttalelse av 24. april 2012:

http://europa.eu/rapid/press-release_EDPS-12-9_en.htm
(05.04.2013)

Pressekonferanse 8.2.13: Kulturminister Hadia Tajik presenterer tiltak mot opphavsrettskrenkelser på internett:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/kud/lyd_bilde/nett-tv/endringer_aandsverkloven.html?id=713679 (sitert 20.2.13)

Kronikk av Torgeir Knag Fylkesnes og Christian Thorseth, 10.3.2013:

<http://www.nrk.no/ytring/piratjakten-rammer-ikke-piratene-1.10941419> (25.03.2013)

Dansk forslag om varselbrevsordning:

<http://kum.dk/servicemenu/publikationer/2011/ophavsrettigheder-pa-internettet/> (09.04.2013)

Stortingsbehandling av forslag til endringer i åndsverkloven:

<http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=56405> (19.04.2013)

NRK-torrents:

<http://video.nrkbeta.no/torrents/> (22.04.2013)